# Rechtsgeschäfte des legitimierten Scheinerben an Nachlassgrundstücken.

Abhandlung

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrichs-Wilhelms-Universität

zu Bonn

von

**Leo Adlerstein**

Gerichtsreferendar

in Elberfeld.

1930

BUCHDRUCKEREI
MAX WELZEL KÖLN-KALK

Angenommen auf Bericht der Professoren Dr. Dölle und Dr. Zycha.

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548917_0127

# Benutzte Schriften.


Biermann: Kommentar zum Sachenrecht, 1914.
dto.: Widerspruch und Vormerkung, 1901.
Binder: Rechtstellung des Erben nach dem deutschen BGB., 1903
Böhmer: Erbfolge und Erbenhaftung. Halle 1927.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 7.—8. Aufl., 1924.
Crome: System des bürgerlichen Rechts, Bd. III, 1905; Bd. V, 1912.
dto.: Die juristische Natur der Miete nach deutschem bürgerlichen Recht in Jherings Jahrb., Bd. 37.
Endemann: Kommentar zum Erbrecht. 3.—5. Aufl.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen.
Eßlinger: Der Erbschein nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Würzb. Diss. München 1902.
Fuchs-Arnheim: Kommentar zum Grundbuchrecht, 1902
Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. II, 1905.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Gschnitzer: Miete vom Nichtberechtigten. Arch. f. civ. Pr. Bd. 123.
Güthe: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl.
Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901.
Heuer: Der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach dem Rechte des deutschen BGB. Heidelberger Diss. Borna-Leipzig 1910.
Hillenkamp: Zur Lehre vom Erbschein. Göttinger Diss. 1889.
Hirschfeld: Der öffentliche Glaube des Erbscheins. Heidelberger Diss. Borna-Leipzig 1906.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (KG.)
Jherings Jahrbücher.
Kipp: Erbrecht 14.—16. Aufl. 1923.
Kommentar von Reichsgerichtsräten. 6. Aufl.
Kretzschmar: Das Erbrecht des deutschen BG. 2. Aufl. 1913.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Leonhard: Kommentar zum BGB. Erbrecht 1912.
Mitteis: Grundstücksverpachtung durch den Scheineigentümer. Im Leipziger Dekanatsprogramm 1905.
Motive zum Entwurf eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Planck: Kommentar zum BGB. Bd. 5, 3. Aufl. 1908.
Protokolle zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Raape: Gebrauchs- und Besitzüberlassung. Jherings Jahrb., Bd. 71.
v. Reibnitz: Der öffentliche Glaube des Erbscheins im Vergleich mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Rostocker Diss. Berlin 1902.
Rehs: Der Erbschein, insbesondere seine rechtliche Bedeutung. Diss. Greifswald 1901.
Rosenberg: Sachenrecht 1919.
Seuffert: Kommentar zur ZPO. Bd. I.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. III,1, 9. Aufl. Bd. V, 9. Aufl.
Strohal: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB. 3. Aufl.
v. Tuhr: actio de in rem verso, 1895.
Turnau-Förster: Liegenschaftsrecht, 1900. Bd. I.
Weiner: Der Erbschein nach dem deutschen BGB. Leipziger Diss. 1904.
Wolff, Martin: Sachenrecht, 20.—21. Aufl. 1926.

# Inhalt.


Erster Teil: Ueber den öffentlichen Glauben des Erbscheins und des Grundbuchs. . . . . 9

§ 1. Einleitung. — Rechtsstellung des Erben. — Schutz des Rechtserwerbs von einem Nichtberechtigten. . 9

§ 2. Wesen, Vermutung und öffentlicher Glaube des Erbscheins. . . . . : 11

§ 3. Der Schutz des gutgläubigen Erwerbes im Grundbuchverkehr nach §§ 892, 893 BGB. im Vergleich mit dem Schutz des gutgläubigen Erwerbes von einem legitimierten Scheinerben nach §§ 2366, 2367 BGB. . . . . 16

§ 4. Geschichtliche Entwicklung des Publizitätsschutzes beim Erbschein und Grundbuch. . . . . 20

Zweiter Teil: Rechtliche Wirkungen der vom legitimierten Scheinerben vorgenommenen Rechtsgeschäfte an Nachlaßgrundstücken. . . . . 25

§ 5. Rechtswirkungen beim Zusammentreffen mehrerer einander widersprechender Erbscheine. . . . . 25

§ 6. Fälle des Zusammentreffens des öffentlichen Glaubens beim Erbschein mit dem Grundbuch. Untersuchung, inwieweit die einzelnen Rechtsgeschäfte über Nachlaßgrundstücke unter diesen Schutz des öffentlichen Glaubens des Erbscheins bezw. des Grundbuchs fallen. . . . . : 27

I. Der Zeugniserbe verfügt über Nachlaßgrundstücke oder Rechte an solchen, ohne zuvor als Berechtigter im Grundbuch eingetragen zu sein. 27

II. Der Zeugniserbe verfügt über Nachlaßgrundstücke oder Rechte an solchen, nachdem seine Eintragung im Grundbuch als Berechtigter gemäß §§ 29, 36 GBO. erfolgt ist. . . . . 29

III. Der Zeugniserbe tritt eine zum Nachlaß gehörige, auf ihn noch nicht umgeschriebene, Briefhypothek an einen anderen ab. . . . . 30

IV. Der Zeugniserbe verfügt auf Grund des Erbscheins über ein Recht, gegen das ihm Grundbuch ein Widerspruch eingetragen ist. . . 36

§ 7. Die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek zugunsten eines Dritten durch den Zeugniserben. . 40
§ 8. Die Vermietung oder Verpachtung eines Grundstücks durch den Scheineigentümer. . . . . 41
§ 9. Die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung für einen Dritten durch den Scheineigentümer. . 48

Dritter Teil: Die Ansprüche, die sich für den wahren Erben aus den im §§ 6—9 behandelten Fällen ergeben. . 53
§ 10. Die Ansprüche des wahren Erben gegen den Dritten, mit dem der Zeugniserbe Rechtsgeschäfte an Nachlaßgrundstücken abgeschlossen hat. . . . . 53
§ 11. Die Ansprüche des wahren Erben gegen den Scheinerben unter besonderer Berücksichtigung des Falles, daß der Scheinerbe eine Hypothek auf einem Nachlaßgrundstück hat eintragen lassen. . . . . 55
§ 12. Zusamenfassung. — Schlußbemerkungen. . . 62

# ERSTER TEIL.

## Über den öffentlichen Glauben des Erbscheins. und des Grundbuchs.

### § 1.

### Einleitung.

Rechtsstellung des Erben. — Schutz des Rechtserwerbes von einem Nichtberechtigten.

Gemäß § 1922 BGB. geht mit dem Tode einer Person deren Vermögen als ganzes auf den Erben über. Die Erbfolge des BGB. ist in ihren Wirkungen keine schlichte Vermögensübernahme deutschrechtlicher Art, sondern eine Fortsetzung der gesamten privatrechtlichen Rechts- und Pflichtstellung des Erblassers. Es gilt der Grundsatz der reinen Universalsukzession im römisch-rechtlichen Sinne. Nur diejenigen Rechtsbeziehungen, die nach heutiger Rechtsanschauung an die individuelle Person des Rechts- oder Pflichtträgers gebunden sind, erlöschen mit dem Tode.

Der Erbe tritt unmittelbar kraft Rechtssatzes in die durch den Tod des Erblassers entstandene Lücke ein. Er übernimmt die im Augenblick des Todes bestehende Rechtslage des Erblassers als eigene und ist zur Fortsetzung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs verbunden, es sei denn, daß die beabsichtigen Rechtswirkungen entweder nach ihrer typischen Eigenart oder nach der konkreten Lage des Falles nur für die Person des Erblassers bestimmt waren. Auch in sonstigen Rechtslagen des Erblassers, in denen die Entstehung oder Aufhebung von Rechtswirkungen noch schwebend ist, rückt der Erbe ein.

Der rechtliche Inhalt der einzelnen Rechte und Pflichten, Anwartschaften und Bindungen des Erblassers bleibt grundsätzlich der gleiche in der Person des Erben. Die Rechtsnachfolge ist eine rein derivative. Insbesondere gelten für die Erbfolge als Universalsukzession nicht die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens, durch die im Einzelrechtsverkehr unter Lebenden gewisse Mängel der Rechtsstellung des Vorgängers zugunsten des Rechtsnachfolgers geheilt werden. Denn das Vertrauen auf den Rechtsschein des Grundbuchs, der öffentlichen Register, des Besitzes, ist beim Erben nicht schutzwürdig.

Diese Rechtslage birgt eine gewisse Rechtsunsicherheit in sich. Vor allem läßt sich regelmäßig nicht sofort mit voller Sicherheit erkennen,

wer der Erbe ist. Aus dieser Ungewißheit der privatrechtlichen Verhältnisse ergibt sich das Bedürfnis nach einem behördlichen Eingreifen. Weiter ist es ein lebhaftes und berechtigtes Bedürfnis, das große und weitragende Veränderungen in der äußeren Rechtsgüterordnung der Allgemeinheit bekannt gegeben werden, soweit sie daran interessiert ist. Insbesondere ist das neben der Ordnung des Grundbesitzes auch der Fall bei der Erbfolge. Es ist dringend notwendig, daß wie der Grundeigentümer als solcher legitimiert wird, so auch der Erbe als solcher legitimiert werde, und daß jeder Erbprätendent, der einen gewissen Rechtsschein für sich hat, von der Rechtsordnung als Erbe angesehen werde, damit eine schnelle und sichere Regulierung des Nachlasses vor sich gehen kann. Dieser Notwendigkeit zu dienen ist das Institut des Erbscheins geschaffen worden.

Das BGB. und teilweise auch andere Gesetze haben in einer Anzahl von Vorschriften an bestimmte Rechtshandlungen Rechtswirkungen geknüpft, deren Eintritt wegen Fehlens der normalen juristischen Vorbedingungen nicht zu erwarten wäre. Derartige Normen sind keineswegs auf einzelne Materien beschränkt, finden sich vielmehr fast über alle Teile des Privatrechtssystems verstreut und nicht wenige von ihnen erscheinen auf den ersten Blick als geradezu willkürlich und mit den einfachsten Grundsätzen aller Rechtslogik in Widerspruch stehend. Denn wie soll man z. B. rechtfertigen, wenn entgegen dem selbstverständlichen und jederman sofort einleuchtenden Satze „nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet" in einer Anzahl von Fällen ausgesprochen wird, daß im Immobilar-, Mobilar- und Obligationsrecht Rechtserwerbungen der verschiedensten Art da vor sich gehen können, wo der vermeintliche Rechtsurheber jedes Rechts entbehrt? Es ist kein Anlaß vorhanden, anzunehmen, daß es sich bei diesen Erscheinungen um nicht zusammenhängende Zweckmäßigkeitsvorschriften handelt. Dagegen spricht von vornherein die große Anzahl jener gesetzlichen Bestimmungen. Der gemeinsame Grundgedanke, auf den diese Bestimmungen sich zurückführen lassen, ist: Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs.

Das Recht des Erben am Nachlasse ist ein absolutes Recht, wirkt also gegen Dritte; und somit besteht das Bedürfnis, das wider alle wirkende Recht auch für alle erkennbar zu machen. Der Grundsatz der Offenkundigkeit war also auch hier nach Möglichkeit vom Gesetz durchzuführen. Allerdings werden die Rechte des Erben nach Möglichkeit auch durch die sachenrechtlichen Publizitätsmittel geschützt, und die Verfügungsbeschränkung des Erben durch Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung wird, soweit angängig, von Amts wegen ins Grundbuch eingetragen. Doch deckt dies keineswegs alle in Betracht kommenden Fälle.

Um den Rechtsverkehr zu sichern, bedarf es daher spezifisch erbrechtlicher Publizitätsmittel, sowohl für das Recht des Erben wie für dessen Beschränkungen.

Dieses Publizitätsmittel ist der Erbschein als amtliches Zeugnis über das Erbrecht.

## § 2.

### Wesen, Vermutung und öffentlicher Glaube des Erbscheins.

Der Erbschein ist ein dem Erben, gleichviel ob er durch Gesetz, Testament oder Erbvertrag berufen ist, auf seinen Antrag (oder auf Antrag desjenigen, der an Stelle des Erben zur Antragstellung berechtigt ist) ausgestelltes amtliches Zeugnis über sein Erbrecht. Zur Erteilung des Erbscheins ist regelmäßig das Nachlaßgericht berufen [1]).

Die Voraussetzungen der Erteilung des Erbscheins ergeben sich aus den Vorschriften der §§ 2354—2360 BGB. Auch über das testamentarische Erbrecht ist die Erteilung des Erbscheins notwendig, weil insbesondere das Privattestament von Behörden, besonders vom Grundbuchamt, nicht berücksichtigt wird. Die Bescheinigung des Nachlaßgerichts bezweckt, mit einem Testamentserben in Verkehr tretenden Personen nicht nur der Auslegung, sondern auch der Prüfung der Formgültigkeit des Testaments zu entheben.

Durch die genaue Sachprüfung, die der Erteilung des Erbscheins vorauszugehen hat, wird erreicht, daß sein Inhalt fast stets richtig sein wird, d. h. daß das Bezeugte der wahren Rechtslage entsprechen wird. Das Gesetz stellt im § 2365 BGB. die widerlegbare Vermutung auf, daß dem im Erbschein als Erben Bezeichneten das in dem Erbschein angegebene Erbrecht zustehe, und daß er nicht durch andere als die darin angegebenen Anordnungen beschränkt sei. Aus § 2365 BGB. ergibt sich keine Vermutung rücksichtlich derjenigen Verhältnisse, über die der Erbschein Aufschluß nicht zu geben hat und somit insbesondere keine Vermutung für die tatsächliche oder rechtliche Zugehörigkeit von Gegenständen zum Nachlaß. Soweit die Vermutung des § 2365 durchgreift, kommt sie nicht nur dem im Erbschein als Erben bezeichneten selbst, sondern auch dritten Personen zustatten.

Allerdings ist der Erbe auch Eigentümer der Nachlaßsachen und in dieser Eigenschaft stehen ihm unzweifelhaft die Publizitätsmittel der dinglichen Rechte, die des Grundbuchs und des Besitzes, zur Seite. Aber sie genügen nicht. Einmal weil der Nachlaß nicht nur aus Sachen, sondern auch aus Rechten besteht; andererseits weil auch bei den zugehörigen Sachen durch die letzterwähnten Publizitätsmittel gerade die Frage des Erbrechts nicht beantwortet wird und häufig nur diese streitig ist.

Die Vermutung des Erbscheins dient hauptsächlich der Erleichterung des Beweises für den Erben und der Vereinfachung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, Erbschaftsgegenstände und Rechte an solchen betreffend. Der Zeugniserbe braucht nicht erst zu beweisen, daß die aus dem Nachlaß herrührenden Rechte und Pflichten auf ihn übergegangen

---

[1]) Zu folgendem vergl. Staudinger-Herzfeld, Erbrecht, zu §§ 2365 ff. Planck, Erbrecht, zu §§ 2365 ff.; Crome, Erbrecht S. 270 ff.

sind. Der Erbschein hat Beweiskraft für jeden Dritten, doch ist der Gegenbeweis natürlich nicht ausgeschlossen [1]) [2]).

Die Rechtsvermutung des § 2365 BGB. stellt sich nur dar als eine gesetzliche Beweisregel im Sinne des § 286 Abs. 2 ZPO., der Erbschein hat nur die Bedeutung, die Parteirollen im zukünftigen Erbschaftsstreit zu regeln und einen gesicherten Rechtszustand gegenüber Dritten zu schaffen, während das Prozeßgericht über das streitige Erbrecht so zu entscheiden hat, als ob der Erbschein gar nicht erteilt wäre. Das Prozeßgericht ist also an die Entscheidungen des Nachlaßgerichts in dessen Ermittlungsverfahren vor Erteilung des Erbscheins nicht gebunden [3]).

Trotz der erforderlichen genauen Sachprüfung vor Erteilung des Erbscheins werden sich nach der Natur der Sache Irrtümer nicht ganz vermeiden lassen. Das Bürgerliche Gesetzbuch legt daher, in enger Anlehnung an das Grundbuchrecht in den §§ 2366, 2367 BGB. zugunsten des gutgläubigen Dritten dem Erbschein bezüglich festbestimmter Rechtshandlungen des Legitimierten öffentlichen Glauben bei.

Die Absicht, die das Gesetz mit der Statuierung des öffentlichen Glaubens des Erbscheins verfolgt, ist Sicherstellung des Verkehrs. Der Schutz der §§ 2366, 2367 BGB. tritt daher nur zugunsten des Dritten ein, der mit dem Legitimierten Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat. Dagegen kommt er nicht etwa dem wahren Erben zu. Der Schutz kommt ferner nicht den Rechtsgeschäften zugute, die die Miterben als solche untereinander abschließen; denn auch die Erben sind keine „Dritte".

Der öffentliche Glaube des Erbscheins gewährt keinen lückenlosen Rechtsschutz. Vor allem ist der Schutz davon abhängig, daß der Gegenstand des Geschäftes zum Nachlaß gehört. Ueber diese Zugehörigkeit muß sich der Dritte nötigenfalls auf andere Art und auf seine Gefahr versichern [4]).

Ist der Erbschein einem Vorerben erteilt, so ist der Schutz davon abhängig, daß die Nacherbfolge nicht inzwischen schon eingetreten ist [5]).

---

[1]) Vgl. Motive V, S. 567.

[2]) Das Reichsgericht kennzeichnet im Urteil vom 24. 2. 1913 des 4. Zivilsenats die Bedeutung der Erbscheinsvermutung wie folgt: Die Bedeutung dieser Vermutung des Erbscheins besteht hauptsächlich — d. h. neben dem Streit über das Erbrecht — darin, daß der im Erbschein als Erbe bezeichnete Dritten gegenüber als Erbe gilt, daß der Erbschein seine Aktivlegitimation zur Verfolgung der aus dem Erbrecht sich ergebenden einzelnen Ansprüche und ebenso seine Passivlegitimation hinsichtlich aller gegen den Nachlass erhobener Ansprüche begründet.

[3]) Vgl. Josef in Iherings Jahrb. Bd. 65, S. 161 ff. RGZ. 92, 68 ff.

[4]) Denn der Erbschein deckt nur Mängel im Erbrecht, nicht andere Rechtsmängel.

[5]) Denn darüber gibt der Erbschein keine Auskunft. Er gibt nur die Anordnung der Nacherfolge und die näheren Modalitäten ihres Eintritts an. Ist in dieser Hinsicht ein Mangel vorhanden, so ist der Erbschein allerdings unrichtig.

Geschützt wird nur der rechtsgeschäftliche Verkehr. Keinen Schutz genießt deshalb der Erwerb von Nachlaßgegenständen im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung, durch Gesetz oder durch richterliche Entscheidungen. Bei Beurteilung der Frage, ob ein Erwerb durch Rechtsgeschäft oder auf andere Weise gemacht worden ist, ist immer nur die den Erwerb selbst herbeiführende Verfügungshandlung zu berücksichtigen. Die causa, die ihr zugrunde liegt, kommt nicht in Betracht [1]).

Von den Rechtsgeschäften kommen nur solche in Frage, die von dem Legitimierten oder diesem gegenüber vorgenommen sind. Demnach kann der Erbschein dann keine Wirkung haben, wenn ein Unberechtigter sich für den Legitimierten oder für dessen mit Vertretungsmacht ausgestatteten Vertreter ausgegeben hat und daraufhin tätig geworden ist, auch wenn er dabei den Erbschein vorgelegt haben sollte. Denn der Erbschein kann keinerlei Beweis für die Identität des Inhabers mit dem Legitimierten oder für die Vertretungsmacht, die dieser erteilt hat, erbringen [2]).

Andererseits aber bezieht sich der Schutz doch auch auf solche Rechtsgeschäfte, die ausnahmsweise gegen den Erbscheinerben Geltung haben, ohne daß es zu einer Tätigkeit zwischen diesem und dem erwerbenden Dritten gekommen wäre. Es ist durch Gesetz nicht gefordert, daß das Befreiungsgeschäft von dem legitimierten Scheinerben mit dem zu Befreienden geschlossen worden sei. Unter die Vorschrift des § 2366 fällt also insbesondere auch die zugunsten eines Nachlaßschuldners dadurch herbeigeführte Befreiung, daß der legitimierte Scheinerbe mit einem Dritten einen Vertrag schließt, laut dessen der letztere die Verpflichtung des Nachlaßschuldners nach Maßgabe des § 414 BGB. übernimmt [3]).

Ferner wird, wenn der Legitimierte Erklärungen nach den §§ 875, 1168 Abs. 2 BGB. gegenüber dem Grundbuchamt abgibt und dieses daraufhin die Löschung eines Rechts vornimmt, der aus dem Recht Verpflichtete seiner Verpflichtung ledig werden [4]).

Zweifelhaft ist nur, ob die Annahme auch bei Rechtsgeschäften gilt, die unter § 2367 letzter Halbsatz fallen, da hier ausdrücklich von Rechtsgeschäften gesprochen wird, die zwischen dem Legitimierten und einem anderen vorgenommen werden. Doch wird man hier auch von dem Zwecke des Gesetzes, den gutgläubigen Verkehr schlechthin so zu stellen, als ob der Erbschein richtig wäre, auszugehen haben, und deshalb auch hier den Schutz eintreten lassen [5]).

---

[1]) Vgl. Weiner a. a. O. S. 63; Esslinger a. a. O. 86 a. M. Ress S. 43 ff;, der einen Erwerb durch Rechtsgeschäft schon dann annimmt, wenn dem Erwerb ein obligatorisches Rechtsgeschäft nur zugrunde liegt.

[2]) Vgl. Weiner S. 63.

[3]) Vgl. Strohal: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB 3. Auflage 1904, S. 162. Weiner S. 64.

[4]) Vgl. Strohal S. 162.

[5]) Vgl. Weiner S. 64.

Zu ungerechtfertigten Härten käme man z. B. in dem Fall, daß bezüglich zweier auf dem Nachlaßgrundstück lastender Hypotheken eine Rangänderung vorgenommen werden soll. Hierzu ist nach § 880 BGB. außer der Einigung der beiden Hypothekengläubiger und der Eintragung der Aenderung ins Grundbuch die Zustimmung des Erben erforderlich. Die Erteilung dieser Zustimmung stellt eine Verfügung nach § 2367 Satz 2 dar, denn es erfährt die Rechtsstellung des Eigentümers eine Aenderung insofern, als im Falle des Uebergangs einer der Hypotheken in eine Eigentümergrundschuld die Rangänderung auch zu Ungunsten seiner Eigentümergrundschuld wirkt. Die Zustimmungserklärung steht daher, wenn sie von einem Erbscheinerben einem der Beteiligten gegenüber abzugeben ist, unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens. Nach § 880 Abs. 2 kann nun die Zustimmung auch dem Grundbuchamt gegenüber abgegeben werden. Geschieht dies, weil es zufällig so praktisch ist, so würde nach dem Wortlaut des Gesetzes der Schutz des Dritten entfallen, ohne daß dafür ein innerer Grund spräche. Man wird daher hier um so unbedenklicher über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehen und den Schutz eintreten lassen dürfen, als auch, wie eben gezeigt ist, andere Rechtsgeschäfte zum Eintritt des Schutzes nicht immer zwischen dem Legitimierten und dem Dritten vorgenommen sein müssen [1]).

Formelle Voraussetzung für den öffentlichen Glauben des Erbscheins ist, daß der Erbschein tatsächlich erteilt ist, d. h. zu der Zeit, wo das Rechtsgeschäft zwischen dem Scheinerben und dem gutgläubigen Dritten abgeschlossen wird, muß ein Erbschein tatsächlich vorhanden und noch in Geltung sein [2]). Es nützt nichts, daß der Erbschein nachträglich erteilt wird. Wenn also das Rechtsgeschäft vor Erteilung des Erbscheins abgeschlossen ist, so wird der gutgläubige Dritte nach §§ 2366/67 nicht geschützt, sondern die allgemeinen Vorschriften zugunsten desjenigen, welcher vom Nichtberechtigten Rechte herleitet, greifen ein.

Nicht ist erforderlich, daß der Erbe den Erbschein bei Abschluß des Geschäftes besitzt oder vorlegt, oder daß der Erwerber überhaupt Kenntnis von dessen Erteilung hat [3]). Mithin besteht keine Notwendigkeit des ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Erbschein und dem Abschluß des Rechtsgeschäftes [4]).

Aber selbst die Vorlegung eines Erbscheins kann für den Dritten eine nachteilige Rechtswirkung haben, und zwar Vorlegung eines für

---

[1]) Vgl. Strohal S. 167; a. M. Reibnitz S. 35 ff. in dem Falle, daß der Eingetragene die Erklärung nur dem Grundbuchamt gegenüber abgibt Alsdann sei der Eintritt des Schutzes nach Lage des Falles zu beurteilen und greife nicht in jedem Falle Platz.

[2]) Vgl. Mot. V, S. 569, 570; RGRKomm. zu § 2366.

[3]) RGRKomm. zu § 2366 RGZ. 54, 343 ff.; RGZ v. 26. 9. 06. Nach dieser Entscheidung braucht noch nicht einmal der Erbe selbst Kenntnis von der Erteilung eines Erbscheines zu haben.

[4]) So Staudinger zu § 2366; Strohal § 68 No. 5; Planck, a. a. O. zu § 2366; Esslinger, a. a. O.

kraftlos erklärten Erbscheins von seiten des Scheinerben. Legt der Scheinerbe dem gutgläubigen Dritten einen für kraftlos erklärten Erbschein vor, und der Dritte schließt in der Annahme der Gültigkeit des Scheines das Rechtsgeschäft ab, so wird er trotz seines guten Glaubens nach §§ 2366/67 nicht geschützt, da dieser Erbschein rechtlich nicht mehr vorhanden ist [1]). Nur auf Grund des § 932 BGB. wäre eine Möglichkeit des Erwerbsschutzes gegeben.

Auf Streitfragen betreffend die Formalitäten der Erbscheinserteilung insbesondere ob für den Zeitpunkt des Beginns des Schutzes die Aushändigung maßgebend und erforderlich ist, kann hier nicht näher eingegangen werden.

Der Schutz des Erbscheins versagt, wenn dem Erwerber Kenntnis von der Unrichtigkeit nachgewiesen wird. Hierzu genügt jedoch nicht Kennenmüssen (§ 122 Abs. 2 BGB.) oder Kenntnis von einzelnen Tatsachen, die das bezeugte Erbrecht aufzuheben oder einzuschränken geeignet sind, wenn er dadurch nicht zur Ueberzeugung von der Unrichtigkeit des Scheines gebracht worden ist. Der Erwerber braucht deshalb nicht gutgläubig im Sinne des § 932 Abs. 2 BGB. zu sein. Zweifel, selbst ein auf grober Fahrlässigkeit beruhendes Nichtkennen der Unrichtigkeit ist ihm unschädlich [2]). Kenntnis von der Anfechtbarkeit steht nach § 142 Abs. 2 der Kenntnis von der Unrichtigkeit gleich.

Eine besondere Untersuchung erheischt die Frage, ob ein Urteil in einem Prozeß zwischen dem im Erbschein als Erbe bezeichneten und einem gutgläubigen Dritten Rechtskraft gegen den wahren Erben hat [3]). Es handelt sich also darum, ob der gutgläubige Dritte, wenn er ein Urteil gegen den Scheinerben erstritten hat, in diesem Falle dem wahren Erbe gegenüber durch die §§ 2366/67 in seinem Erwerbe geschützt ist.

Ueber die Wirkung eines solchen Urteils schweigt das Bürgerliche Gesetzbuch. Für einen Schutz des Dritten tritt in der Literatur hauptsächlich Hellwig [4]) ein, während sich die Mehrzahl der Schriftsteller gegen einen Schutz ausspricht [5]).

Schon die Motive [6]) zum ersten Entwurf lehnen die Erstreckung der Rechtskraft auf den Erben ab und es wird deshalb auch hier bei dem Satz bewenden müssen, daß das Urteil nur unter den Parteien Rechtskraft macht. Im Gegensatz hierzu behauptet aber Hellwig, daß, ebenso wie sich der Dritte in bezug auf Verfügungsgeschäfte des Scheinerben auf den Erbschein berufen kann, er auch die Rechtskraft des Urteils gegen den Scheinerben zu seinen Gunsten gegenüber dem wahren

[1]) Der Erbschein bietet keine Gewähr dafür, daß er gemäß § 2361 BGB nicht für kraftlos erklärt ist.

[2]) RGRKomm. zu § 2366.

[3]) Ueber die Rechtsgeschäfte, die eine Verfügung über das Recht enthalten und auf die sich der Schutz des öffentlichen Glaubens des § 2367 bezw. §893 erstreckt, wird weiter unten zu handeln sein.

[4]) Hellwig, Rechtskraft S. 466.

[5]) So Strohal, a. a. O., Planck, a. a. O., Binder S. 15. Esslinger S. 87 bis 88; Seuff. Komm. Bd. I, S. 510, Ziff. 8 zu § 325 ZPO.

[6]) Mot. Bd. V, S. 572.

Erben geltend machen kann. Hellwig kommt auf Grund seiner eingehenden Untersuchungen zu dem Schluß: „Wie man sich auf Grund des guten Glaubens bei jeder Verfügung des falsus heres darauf berufen kann, daß die Verfügung die ihr nach ihrem Inhalt zukommende Wirkung ebenso habe als wenn der falsus heres das Recht zur freien Verfügung über die Erbschaftsrechte besessen hätte, so wirkt das Urteil, welches über das Bestehen oder den Umfang eines zur Erbschaft gehörigen Rechtes oder über die Belastung oder Einschränkung eines solchen entscheidet, gegenüber dem wahren Erben zugunsten des gutgläubigen geradeso Rechtskraft als hätte der falsus heres das Recht gehabt, im eigenen Namen über die Erbschaftsrechte zu prozessieren [1]).

Es handelt sich hier um nichts anderes als die Anwendung des von Hellwig für das Recht des BGB. behaupteten allgemeinen Prinzips, daß der gute Glaube des Dritten an das Recht des Nichtberechtigten für die Prozeßführung die gleiche Bedeutung habe, wie für Verfügungsgeschäfte, auf einen konkreten Fall. Die Ansicht Hellwigs ist abzulehnen, weil seine Behauptung sich weder aus einer Analogie des § 325 ZPO. ergibt, noch sonst sachlich gerechtfertigt ist. Es liegt ihr vielmehr der alte Irrtum zugrunde, daß Prozeßhandlungen gleich Rechtsgeschäften zu behandeln sind [2]). Da dieses Prinzip jedoch tatsächlich im BGB. keine Anwendung gefunden hat, entfällt jeder Grund für die behauptete Rechtskraftwirkung.

## § 3.

## Der Schutz des gutgläubigen Erwerbes im Grundbuchverkehr gemäß §§ 892, 893 BGB. im Vergleich mit dem Schutz des gutgläubigen Erwerbes von einem legitimierten Scheinerben gemäß §§ 2366, 2367 BGB.

Die in den §§ 2366, 2367 BGB. enthaltenen Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Erbscheins und die Vermutung des § 2365 BGB. sin nicht etwa singuläre Vorschriften, die sich lediglich im Erbrecht finden, sondern sie sind der Ausdruck des in der Einleitung bereits ausgesprochenen Gedankens, der unserer modernen Gesetzgebung eigentümlich ist: Schutz des gutgläubigen Erwerbes vom Nichtberechtigten. So hat auch das BGB. das Grundbuch mit demselben Schutz des öffent-Glaubens wie den Erbschein ausgestattet.

In der Natur der dinglichen Rechte ist es begründet, daß bei ihnen ein weiterer Schutz Platz greifen muß, als bei den Obligationen. Es liegt im Interesse des großen Verkehrs, daß der Bestand von Rechten, die gegen jeden geltend gemacht werden können, mehr gesichert werden muß als Forderungsrechte, die nur zwischen wenigen Personen in Betracht kommen. Zudem sind Forderungsrechte davon unabhängig, ob

[1]) So Hellwig a. a. O. 466.

[2]) Vgl. Seuffert S. 510 zu § 325 ZPO.; Planck, BGB. I, S. 234. A. A. auch Hirschfeld, a. a. O. S. 41.

der Verpflichtete die Verfügungsmacht über die geschuldete Sache hat. Die Obligationen werden demnach in ihrem Bestande nicht davon berührt, daß das Recht des legitimierten Erben an dem geschuldeten Gegenstand sich als falsch erweist; er bleibt dem Dritten, mit dem er kontrahiert hat, trotzdem verpflichtet und macht sich schadensersatzpflichtig, wenn er die geschuldete Leistung nich erbringen kann, so daß der Dritte meisten keinen oder doch nur einen geringen Nachteil erleiden wird.

Anders ist es aber bei dinglichen Geschäften Hier bedingt die Sicherheit des Verkehrs, daß die Verfügungen des Scheinerben Wirkung auch gegen den wahren Erben haben. Dieser Sicherheit des Verkehrs dient der Erbschein, dessen Wirkungen oben erörtert worden sind. Denselben Zwecken wie der öffentliche Glaube des Erbscheins dient der des Grundbuchs.

Eine gewisse Bürgschaft für die Uebereinstimmung des Buchinhalts mit der wirklichen Rechtslage leistet das Gesetz, wenn es Einrichtungen und Vorkehrungen trifft, welche eine sorgfältige Führung der Bücher ermöglichen und die Eintragungen von einer eingehenden Prüfung der Buchbehörde abhängig machen. Diese Mittel allein sind aber nicht genügend, um den Eintragungen das für den Verkehr unerläßliche Maß von Unanfechtbarkeit zu sichern, vielmehr läßt sich dieses Ziel nur erreichen, wenn der an die Spitze gestellte Grundsatz „nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet" für die eingetragenen Rechte durchbrochen oder doch erheblich eingeschränkt wird. Von diesem Standpunkt aus gilt der, welcher im Buch als Eigentümer eingetragen ist, zugunsten eines Dritten, dem er das Eigentum überträgt, oder ein anderes Recht an dem Grundstück bestellt, als der Eigentümer, auch wenn er es in Wirklichkeit nicht ist. Dies ist das Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, das berechtigt ist durch die Erwägung, daß es dem Menschen unmöglich ist, die durch den Inhalt des Grundbuchs verdeckte wahre Sach- und Rechtslage zu erkennen.

Bei Verfügungen des durch Erbschein legitimierten Scheinerben über Nachlaßgrundstücke trifft der Schutz des öffentlichen Glaubens beim Erbschein mit dem beim Grundbuch zusammen. Es ist daher erforderlich, die Vorschriften über Vermutung und öffentlichen Glauben des Grundbuchs und Erbscheins auf ihre Verschiedenheiten hin einer Prüfung zu unterziehen.

Zunächst sind die Befugnisse des im Grundbuch Eingetragenen größer als die des Scheinerben. Das Grundbuch verleiht dem Eingetragenen im Interesse des gutgläubigen Erwerbers die Macht, über das eingetragene Recht beliebig derart zu verfügen, daß der andere Teil das Recht des Dritten bekommt, wenn es einem solchen zusteht. Der Erbschein aber gibt dem Legitimierten lediglich diejenige Verfügungsmacht, deren Besitz von der Erbberechtigung abhängig ist. Beim Grundbuch kehrt sich die Verfügungsmacht des Nichtberechtigten gegen den Berechtigten, wer es auch sei; beim falschen Erbschein aber nur gegen den Erben. Der Erwerber erlangt mit Rücksicht auf den Erbschein

durch die Verfügung des Nichtberechtigten nur diejenige Rechtsstellung, welche ihm nach der Regel nur der wahre Erbe geben konnte [1]).

Zu beachten ist die verschiedene Fassung der §§ 2365 und 891 BGB. in der Erwähnung der Beschränkungen. In § 891 gilt in negativer Hinsicht die Vermutung, daß ein Recht, welches formell gelöscht ist, materiell nicht besteht (§ 891 Abs. 2). Während § 2365 annimmt, daß andere als die angegebenen Beschränkungen nicht vorhanden sind, und daß das Erbrecht überhaupt und mit den angegebenen Beschränkungen besteht. Allerdings besagt die Vermutung nicht, daß die Beschränkungen nicht schon anderweitig ihre Erledigung gefunden haben.

Ferner besteht ein Unterschied in den Beschränkungen selbst, denn der § 2365 kennt in bezug auf den Erbschein nur zwei Beschränkungen und zwar die Anordnung einer Nacherbfolge gemäß § 2363 Abs. 1 und die Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§ 2364 Abs. 1). Für die §§ 892, 893 dagegen kommen außer diesen beiden auch sonstige Beschränkungen in Betracht [2]).

Auch das Reichsgericht [3]) hat ausgesprochen, daß die Vermutung aus § 2365 nicht mit der aus § 891 völlig auf die gleiche Stufe zu stellen sei. Den Unterschied der Erbscheinsvermutung gegenüber der Grundbuchvermutung sieht er darin, daß die Grundbucheintragung auf Grund formeller Erklärungen erfolge, bei deren Prüfung nach dem Konsensprinzip auf das der Erklärung zugrunde liegende Rechtsverhältnis nicht einzugehen sei.

Der Erbschein genießt öffentlichen Glauben nur bei Verfügungen über Nachlaßgegenstände, dagegen nicht bei solchen über die Erbschaft im ganzen. Daher gilt der öffentliche Glaube des Erbscheins nach §§ 2366, 2367, der sich auf der Erbscheinsvermutung des § 2365 aufbaut, nur für solche Verfügungen, die der Erbscheinträger auf Grund des bezeugten Erbrechts, aber nicht über dieses Recht selbst trifft, während der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 nicht nur Verfügungen auf Grund des eingetragenen Rechtes, sondern auch Verfügungen über das eingetragene Recht deckt [4]). Schon diese Verschiedenheit zwischen Erbschein und Grundbuch rechtfertigt es, das Anwendungsgebiet der Vermutung beim Erbschein enger zu ziehen [5]).

Der Schutz des öffentlichen Glaubens des Erbscheins dagegen erstreckt sich weiter als der des Grundbuchs. Er beschränkt sich nicht auf

[1]) Also gehen bei einem Uebertragungsgeschäft die Rechte des wahren Erben durch die Verfügung des Nichtberechtigten auf den Erwerber über.

[2]) Die Beschränkung eines dinglich Berechtigten kann nur in der Beschränkung seiner Verfügungsmacht liegen. Die Verfügungsbeschränkungen der §§ 892, 93 bezwecken nur den Schutz bestimmter Personen. Daher scheiden hier die Verfügungsbeschränkungen im öffentlichen Interesse aus. Gegen diese ist der gutgläubige Erwerber also nach § 892 nicht geschützt.

[3]) RG. im Recht 1913, Beil. Nr. 1159.

[4]) z. B. Auflassung von Seiten des eingetragenen Nichteigentümers.

[5]) Vgl. Heinsheimer in L. Z. 1915, S. 1279.

den Erwerb von Nachlaßgrundstücken und Nachlaßmobilien, sondern umfaßt Verfügungen über alle Rechte, die zur Erbschaft gehören (§ 2367 BGB.) [1]).

Ein weiterer prinzipieller Unterschied besteht in den verschiedenen Erfordernissen des guten Glaubens nach §§ 892, 893 und 2366, 2367.

Im § 2366 wird verlangt, daß der Erwerber, um den Schutz dieser Vorschrift zu genießen, die Unrichtigkeit des Erbscheins nicht kennen oder nicht wissen darf, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat. Nach § 892 ist der Schutz dem Erwerber prinzipiell versagt, wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist oder wenn er die Unrichtigkeit des Grundbuchs kennt.

Ebenso wie der § 2366 kennt auch der § 892 keinen Unterschied zwischen dem unentgeltlichen und entgeltlichen Erwerb. In beiden Fällen kann der wahre Eigentümer von demjenigen, welcher unentgeltlich einen Gegenstand vom Nichtberechtigten erlangt hat, nach §§ 816, 822 BGB. die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen.

Ebenso wie der öffentliche Glaube beim Erbschein, schützt auch der öffentliche Glaube beim Grundbuch nur diejenigen Erwerbsakte, welche durch Rechtsgeschäft erfolgen.

Der Publizitätsschutz auf Grund der Angaben des Erbscheins geht, wie oben dargelegt, dem sachenrechtlichen Publizitätsschutz parallel. Soweit es sich aber um den Erwerb von Erbschaftsgrundstücken oder Rechten an solchen handelt, ist die Anwendung der Regeln über den Erbschein immer davon abhängig, daß es sich bei dem Geschäft um eine erbschaftliche Angelegenheit handelt. Vorausgesetzt ist hierbei, daß der Legitimierte in seiner Eigenschaft als Erbe das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, und daß der Erwerber den Willen gehabt hat, mit dem Scheinerben als solchem zu kontrahieren oder einen Gegenstand in seiner Eigenschaft als Erbschaftsgegenstand zu erwerben. Die Motive drücken diesen Gedanken folgendermaßen aus [2]):

„Voraussetzung ist, daß der im Erbschein Bezeichnete als Erbe gehandelt habe. Hat der in dem Erbschein Bezeichnete über einen zur Erbschaft gehörenden Gegenstand deshalb verfügt, weil er davon ausging, derselbe gehöre ihm an sich schon und nicht um deswillen, weil er Erbe sei, so fehlt es an jedem Anlasse zu einem besonderen Schutze des Dritten."

Nach den Motiven kommt es hiernach anscheinend mehr auf den Willen des Erbscheinerben als den des Erwerbers an, so daß der Erwerber gemäß § 2366 BGB. auch geschützt werden würde, wenn er annimmt, der Scheinerbe verfüge über den Gegenstand aus eigenem Rechte; es genügt hiernach, wenn der Wille des Scheinerben dahingeht, einen Erbschaftsgegenstand zu übertragen, also als Erbe zu handeln. Im umgekehrten Falle, wo der Erwerber darauf vertraut, mit dem

[1]) Vgl. Reibnitz, a. a. O.; Strohal, a. a. O. § 68, No. III. 5; Crome, Erbrecht S. 273.

[2]) Motive V, S. 572.

Erben zu kontrahieren, der Scheinerbe aber aus eigenem Recht verfügen will, müßte dann der Schutz des § 2366 BGB. vesagen.

Nach dem Wortlaut des § 2366 BGB. kommt es jedoch m. E. in erster Linie auf den Willen des Erwerbers an. Nach § 2366 BGB. kommt es darauf an, daß der Dritte „mit demjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist", kontrahiert. Der Erwerber muß hiernach willens sein, mit dem Erbscheinerben zu kontrahieren oder er muß guten Glaubens sein, einen Gegenstand in seiner Eigenschaft als Erbschaftsgegenstand zu erwerben. Der Schutz der §§ 2366, 2367 findet keine Anwendung, wenn es sich nicht um eine „erbschaftliche Angelegenheit" handelt, wenn der Dritte gar nicht weiß, daß der Verfügende Erbe ist, bezw. daß der Gegenstand zu einem Nachlasse gehört [1]). Also z. B. wenn der veräußernde Erbe als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist oder die von ihm besessene bewegliche Sache durch Uebergabe veräußert. Hier wird der gutgläubige Dritte einfach nach den sachenrechtlichen Vorschriften Eigentümer.

Dagegen greifen die Vorschriften über den Erbschein ein, soweit der Veräußerer in seiner Eigenschaft als Erbe handelt, also seine Verfügungsbefugnis nicht durch die sachenrechtlichen Vorschriften gedeckt wird. So, wenn bei dem veräußerten Grundstück nicht der Erbe, sondern noch der Erblasser als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist. Hier muß der Erbe seine Verfügungsbefugnis kraft Erbrechts dartun und er genügt diesem Erfordernis durch Vorlegung eines Erbscheins. Der Schutz des dritten Erwerbers ist also hier in Ansehung der Rechte des Erblassers nach sachenrechtlicher, in Ansehung der Verfügungsbefugnis des Erben nach der erbrechtlichen Publizitätsvorschrift zu bestimmen und der gute Glaube des Dritten muß auch im Sinne beider Vorschriften vorhanden sein [2]) [3]).

## § 4.

### Geschichtliche Entwicklung des Publizitätsschutzes beim Erbschein und Grundbuch.

Das ältere römische Recht wußte nichts von einem Schutz des gutgläubigen Erwerbs von einem Nichtberechtigten, sondern ging von dem Grundsatz aus: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet. Dem dinglich Berechtigten standen zivilrechtliche Klagen gegen jeden Dritten zu, auch wenn dieser in gutem Glauben erwarb; so dem Eigentümer die rei vindicatio nach dem Satze: ubi rem meam reperio, ibi vindico. Der gutgläubige Erwerber hatte dann allerdings unter Umstäden einen

---

[1]) Denn diese Zugehörigkeit ist aus dem Erbschein nicht ersichtlich.

[2]) Ueber die Kollisionen zwischen dem Schutz der §§ 892/93 und dem der §§ 2366/67 wird weiter unten ausführlich zu handeln sein.

[3]) Vgl. Crome, Erbrecht S. 274.

Schadensersatzanspruch gegen den unberechtigt Veräußernden [1]).

Allerdings konnte die Unsicherheit für den Gutgläubigen beim Erwerb vom Nichtberechtigten im römischen Recht nach Ablauf einer bestimmten Zeit durch Ersitzung behoben werden. In den strengen Erfordernissen der Ersitzung lag immer noch ein großes Hindernis für den Schutz des gutgläubigen Erwerbers [2]).

Eine unserem heutigen Erbschein entsprechende Einrichtung kannte das römische Recht nicht. Die zivilrechtliche Erbfolge wurde in den zwölf Tafeln geregelt. Später bildete sich daneben die prätorische Erbfolge aus. Hier finden wir in der bonorum possessio eine Art Erbesein weisung. Der vom Prätor eingewiesene Erbe wurde faktisch als Erbe – heredis loco behandelt, ihm wurde der Erbschaftsbesitz erteilt. Das Institut der bonorum possessio diente dem Zweck, den Erben dem Publikum gegenüber zu legitimieren.

Insofern war also eine provisorische Regulierung des Nachlasses ermöglicht. Eine Lücke zeigte das römische System aber, wenn sich herausstellte, daß der bonorum possessor nicht der wahre Erbe ist, wenn ein anderer seine bessere Berechtigung nachweist [3]). Hier zeigte sich, das die Legitimation des vorläufigen Erben zur Verwaltung des Nachlasses nur dann Wert hatte, wenn seine Verfügungen auch dem wahren Erben gegenüber wirksam blieben. Einen solchen Schutz des gutgläubigen Erwerbers von einem Scheinerben kannte das römische Recht nicht. Wer also von einem Scheinerben Nachlaßsachen erworben hatte, wurde gegen den Anspruch des wahren Erben erst durch Ersitzung geschützt [4]) [5]). Der wahre Erbe konnte den Schuldner solange zur Zahlung zwingen, als die hereditatis petitio noch nicht verjährt war.

Ganz anders war die Regelung im germanischen Recht. Aus dem allgemeine Bedürfnis nach Publizität aller einen größeren Personen-

---

[1]) Vgl. Regelsberger: Der sog. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten in Iherings Jahrb. 47, S. 338 ff.; Hirschfeld, a. a. O. S. 3.

[2]) Auch nach der Erleichterung der Erfordernisse der Ersitzung durch die accessio possessionis, bei welcher sich der redliche Erwerber einer Sache die Zeit des Ersitzungsbesitzes seines Rechtsvorgängers anrechnen darf.

[3]) Die Erteilung der bonorum possessio intestati konnte von einem Erben angefochten werden. Vgl. Hirschfeld S. 5. Unterlag der bonorum possessor in dem von diesem Erben geführten Erbschaftsstreit, so wurde er als eine Person angesehen, die unbefugt über Nachlaßsachen verfügt hat.

[4]) Vgl. hierzu Hillenkamp, a. a. O.; Ress, a. a. O.

[5]) Nur ausnahmsweise mußten die Verfügungen des bonorum possessor von dem Erben anerkannt werden, wenn der possessor freiwillig den Schutz des Dritten übernimmt: Wenn er nämlich dem Erben gegenüber die Stellung eines beklagten Besitzers übernimmt, insbesondere auch Kaution stellt. Dann darf der Erbe sich nur an ihn halten, der Dritte kann nicht mehr in Anspruch genommen werden. Vorausgesetzt ist hierbei, daß nicht nur der Dritte, sondern auch der bonorum possessor in gutem Glauben war.

kreis interessierenden Rechtsveränderungen heraus forderte es gerichtliche Prüfung der Erbansprüche und richterliche Feststellung der Erbenqualität. Der Erbprätendent mußte seine Berechtigung nachweisen und wurde, wenn sich kein Besserberechtigter meldete, in die Gewere eingewiesen, wodurch gerichtlich festgestellt wurde, daß er kein Erbe sei. Er konnte sämtliche Rechte des Erben geltend machen, ohne einen anderen Nachweis als den der Gewere [1]). Der gutgläubige Dritte, der von dem Erbprätendenten erwarb, wurde dadurch geschützt, daß der wahre Erbe sich niemals an ihn halten konnte, sondern nur an die Kaution, die der Erbprätendent für unbeschwerte Herausgabe an den etwa später sich meldenden besser berechtigten Erben stellen mußte.

Das gemeine Recht kannte keine öffentliche Bescheinigung des einer Person zustehenden Erbrechts [2]). Selbst wenn die gerichtliche Einweisung in den Nachlaß erfolgte, hatte dies für die Stellung des Eingewiesenen zu dritten Personen ebensowenig Bedeutung wie gegenüber etwa auftretenden Erbprätendenten. Dem Dritten, der sich mit dem als Erbe Auftretenden in Rechtsgeschäfte einließ, war es überlassen, das Erbrecht desselben zu prüfen. Es gab jedoch eine Möglichkeit für den Erbprätendenten, die Legitimation zu allen Verfügungen mit Wirksamkeit für und gegen den etwa später auftretenden besser berechtigten Erben zu erlangen und zwar, wenn er nach vorausgegangener Ediktalzitation gegen den etwa vorhandenen besser Berechtigten ein Ausschlußurteil erstritten hatte.

Die Möglichkeit der Erbeslegitimation auf demselben umständlichen Wege wie im gemeinen Recht war im Allgemeinen Landrecht gegeben [3]), wo die sog. „Erbeslegitimationsatteste" den legitimierten Scheinerben gegen den besser Berechtigten erst nach erfolgtem Praeklusionsurteil schützen.

Dieser Grundsatz war aber durch die Partikulargesetzgebung auch in den Gebieten des gemeinen Rechts großenteils beseitigt [4]). So hat die Praxis der preußischen Gerichte den Grundsatz aufgestellt und durchgeführt, daß nicht erst das Ausschlußurteil, sondern schon das Attest den wahren Erben an die Verfügungen des nichtberechtigten Inhabers des Attestes binde [5]). Ausgehend von dem Erfordernis einer schriftlichen Legitimation des Erben zur Besitztitelberichtigung im Hypothekenbuch, gewährte sie dem Nachlaßgericht die Befugnis, das gesetzliche Erbrecht durch öffentliche Urkunden zu bescheinigen, während man bei der Erbfolge auf Grund letzten Willens die Testamentsurkunde als hinreichende Legitimation betrachtete. Gesetzlich fixiert ist dieser Grundsatz in dem „Preußischen Gesetz vom 12. März 1869 betr. die Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen" (§ 1). Der so Legitimierte galt gegenüber dritten Personen als Erbe, und seine

[1]) Vgl. Ress, a. a. O. S. 5.
[2]) Vgl. hierzu Binder, Rechtsstellung II, § 14.
[3]) A. L. R. I, 9, §§ 483—493.
Vgl. Ress S. 6; Reibnitz S. 14.
[4]) Mot. V, S. 557; Binder, Rechtsstellung II. § 14.
[5]) Vgl. Ress, a. a. O. S. 7.

Verfügungen über den Nachlaß blieben, wenn nur die Dritten in gutem Glauben waren, gültig, auch wenn ihm der wirkliche Erbe später das Erbrecht mit Erfolg streitig machte. Durch dieses Gesetz von 1869 ist der Erbschein im heutigen Sinne geschaffen worden.

Was die Erbbescheinigung des preußischen Rechtes von der heutigen unterscheidet, ist, daß im allgemeinen nur Intestaterben eine solche Erbbescheinigung ausgestellt werden konnte, dem Testamentserben aber nur auf Grund des § 9 des Gesetzes eine Art Ergänzungsbescheinigung „falls in einer letzwilligen Verfügung die Erben oder sonstige Berechtigte nicht mit derjenigen Bestimmtheit, welche zur Beschaffung der Legitimation erforderlich war, bezeichnet waren". Das Bürgerliche Gesetzbuch hat endlich sowohl dem Inestaterben als auch dem Testamentserben die Möglichkeit gegeben, einen Erbschein zu erlangen, weil praktische Gründe es erfordern [1]).

Wie der Erbschein nicht im römischen Recht seinen Ursprung hat, sondern im deutschen, so auch das Grundbuch.

Die Entwicklung des römischen Sachenrechts ist durch die grundsätzliche Gleichstellung der beweglichen und unbeweglichen Sachen bestimmt worden. Dem römischen Recht war das Institut der Grundbücher fremd. Der Eigentumswechsel erfolgte in Rom auch bei Grundstücken durch formlosen Vertrag und Besitzübergabe [2]). Der Besitz war demnach das einzige äußere Kennzeichen des Grundeigentums. Das Pfandrecht an Mobilien wie an Immobilien wurde ohne Besitzübertragung durch formlosen Verpfändungsvertrag bestellt [3]).

Das deutsche Recht stand auf einem wesentlich anderen Standpunkt als das römische. Es verlangte — zunächst mit Rücksicht auf die mit dem Grund und Boden verknüpften politischen Rechte — die öffentliche Erkennbarkeit der an den Grundstücken bestehenden Rechte. In ältester Zeit erfolgte die Rechtsänderung an einem Grundstück regelmäßig vor versammelter Gemeinde [4]). Im Mittelalter ging man dazu über, die Gerichtlichkeit des Aktes zu fordern. Mit der Verbreitung der Schreibkunst begann man, die Erkennbarkeit dadurch zu gewährleisten, daß man Protokolle über den erfolgten Besitzwechsel des Grundstücks aufnahm. Da diese aber leicht gefälscht oder vernichtet werden konnten, sammelte man sie in verkehrsreichen Städten in Büchern oder trug sie später in öffentliche Bücher ein, die über die Rechtsverhältnisse des Grundbesitzes sichere Auskunft geben konnten.

Mit der Rezeption des römischen Rechtes gingen diese Anfänge des Grundbuchsystems wieder zurück. Erst die Neugestaltung, die das bürgerliche Recht im 18. Jahrhundert in Preußen erfuhr, knüpfte wieder an die deutschrechtlichen Einrichtungen an [5]). Die preußische Hypo-

---

[1]) Vgl. Prof. V, S. 671.
[2]) Vgl. Güthe, a. a. O. S. 1.
[3]) Vgl. Heuer, a. a. O. S. 10. Endemann, Lehrbuch d. B. R., Sachenrecht, 8/9. Auflage, S. 707.
[4]) Vgl. hierzu Güthe, a. a. O.; Heuer, a. a. O.; Schröder: Lehrbuch d. deutsch. Rechtsgesch. 5. Aufl. Lpz. 1907, S. 738.
[5]) Mot. III, S. 9.

thekenordnung vom 20. 12. 1783 und das Allgemeine Landrecht nahmen den Gedanken wieder auf. Aber in diesen Gesetzen haben wir nicht die volle Ausbildung des Publizitätsprinzips, da das ALR. nur für den Erwerb von Hypotheken eine Umschreibung forderte [1]), während sich der Uebergang des Eigentums an Grundstücken durch bloße Uebergabe auf Grund eines Vertrages vollzog, unabhängig von der Eintragung. Der Dritte, der auf die eingetragene Hypothek ein Recht erlangte, wurde gegen alle Einwendungen, die an sich den dinglichen Anspruch entkräften konnten, geschützt, sofern sie nicht vorher dem Dritten bekannt geworden waren, ferner gegen die Geltendmachung von Rechten, deren Löschung zur Zeit des Rechtes auf die Hypothek bewirkt war [2]). Dagegen stand die Eigentumsübertragung nicht unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens. Durch den Umstand, daß der Erwerber sich eintragen lassen konnte, entstand häufig eine Duplizität des Eigentums, indem der Veräußerer als Eigentümer im Hypothekenbuch eingetragen war, der Erwerber dagegen der wirkliche Eigentümer war [3]).

Die sich hieraus ergebenden Schwierigkeiten wurden durch die preuß. Grundbuchordnung von 1872 behoben, die den Schutz, welcher das ALR. vornehmlich der Hypothek gewährt hatte, auf alle dinglichen Rechte ausdehnte. Der Satz, daß die Hypothek erst durch Eintragung entsteht, wurde aus der preuß. GBO. übernommen.

Da auch die Gesetze der meisten Gebiete des Deutschen Reiches — mit Ausnahme derjenigen, in welchen französisches Recht galt — das Prinzip des öffentlichen Glaubens mehr oder weniger verwerteten, so konnte es nicht zweifelhaft sein, daß dieser Grundsatz im BGB. zur Anerkennung gelangen müsse, während das formelle Recht durch die der preuß. GBO. von 1872 nachgebildete Reichsgrundbuchordnung geregelt wird. Der § 9 der preuß. GBO. von 1872 enthält noch ein Erfordernis, unter welchem der öffentliche Glaube des Grundbuchs eintritt, das Erfordernis der Entgeltlichkeit des Eigentumserwerbes.

Auch dieses Erfordernis ist in der Reichsgesetzgebung fortgefallen, und damit der Schutz des gutgläubigen Erwerbes ein vollständiger geworden [4]).

[1]) A. L. R. I, 10, §§ 1, 15, 16.
Hypothekenordnung Tit. II, Absch. 3, § 49 ff.

[2]) Vgl. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, S. 188. ff.

[3]) Vgl. v. Reibnitz, a. a. O. S. 18. Dernburg: Das Bürg. R. III, Bd. Sachenrecht 1/2. Aufl. S. 123.

[4]) Mot. III, S. 212; V, S. 571

# ZWEITER TEIL

## Rechtliche Wirkungen der vom legitimierten Scheinerben vorgenommenen Rechtsgeschäfte an Nachlaßgrundstücken.

### § 5.

### Rechtswirkung beim Zusammentreffen mehrerer einander widersprechender Erbscheine.

Es besteht die Möglichkeit, daß über eine Erbschaft mehrere Erbscheine erteilt werden und in den Verkehr kommen. Dies ist möglich einmal wegen der Zuständigkeit des Nachlaßgerichtes des Wohnsitzes, der nach § 7 Abs. BGB. an verschiedenen Orten begründet sein kann, weshalb dann mehrere Nachlaßgerichte zuständig sind. In diesem Falle können sowohl derselben Person mehrere Erbscheine über denselben Nachlaß ausgestellt werden, die nicht übereinzustimmen brauchen, als auch mehreren verschiedenen Personen Erbscheine, denselben Nachlaß betreffend. Das letztere kann ferner dann geschehen, wenn vor der Einziehung eines unrichtigen Erbscheins ein neuer erteilt wird, der eine andere Person als Erbe legitimiert [1]).

Die Folgen davon, daß mehrere miteinander in Widerspruch stehende Erbscheine erteilt sind, sind andere im Hinblick auf die Präsumtion des § 2365 als im Hinblick auf den Schutz des öffentlichen Glaubens der §§ 2366, 2367.

Hinsichtlich der Vermutung aus § 2365 kann nur angenommen werden, daß die beiden Scheine, soweit und solange der Widerspruch besteht, sich gegenseitig aufheben, da sie beide von gleicher Beweiskraft sind, mithin die Vermutung aus § 2365 keinem von ihnen zur Seite steht. Bis zur Erteilung des weiteren wird dem zuerst erteilten Erbschein allerdings die Vermutung des § 2365 zur Seite stehen. In einem Erbschaftsprozesse zwischen den Inhabern der kollidierenden Scheine kann sich keiner auf seinen Schein berufen, die Regelung der Beweislast erfolgt nicht gemäß der Präsumtion, sondern nach den allgemeinen Regeln. Der Priorität des einen Scheins kann keine Bedeutung beigemessen werden. Nach außen aber, Dritten gegenüber kann sich jeder von ihnen auf seinen Schein berufen, wird aber durch die Einwendung der Existenz des anderen Scheines aus seiner günstigen Beweislage herausgedrängt [2]).

Anders gestaltet sich die Rechtslage hinsichtlich des öffentlichen Glaubens der Erbscheine. Beide Scheine gelten als richtig zugunsten des gutgläubigen Dritten. Treffen die verschiedenen Legitimierten über

---

[1]) Vgl. Krafft in Seuff. Bl. 64, S. 269 ff.
[2]) Vgl. Ress, a. a. O. S. 66; Krafft, a. a. O.

denselben Nachlaßgegenstand Verfügungen, die nebeneinander nicht bestehen können, so entscheidet die Priorität. Jedoch nicht die Priorität der Erteilung des Erbscheins, sondern die der Verfügung über den Nachlaßgegenstand. Denn sobald durch einen Legitimierten, z. B. eine Nachlaßsache veräußert wird, scheidet sie aus dem Nachlaß aus und es kann der spätere Erwerb von einem Zeugniserben nicht mehr in Frage kommen, da der Gegenstand sich nicht mehr im Nachlaß befindet. Die Berufung auf den öffentlichen Glauben des anderen Teiles kann also nichts nützen, weil der öffentliche Glaube sich nicht auf die Zugehörigkeit des erworbenen Gegenstandes zum Nachlaß erstreckt [1]).

Dieser Entscheidung steht anscheinend entgegen, wie Planck meint [2]), daß der öffentliche Glaube nur soweit reicht, wie die Vermutung des § 2365, und daß die Vermutungen einander aufheben. Man kann also leicht dazu kommen, hier auch die Wirkungen des öffentlichen Glaubens zu leugnen. Aber der öffentliche Glaube wird nicht von der Wirksamkeit der Vermutung abhängig gemacht, sondern nur durch sie begrenzt. Außerdem gilt die Regel, daß die widersprechenden Vermutungen einander aufheben, nur im Verhältnis der Legitimierten zueinander [3]).

Sind die einander widerstreitenden Erwerbe absolut gleichzeitig zustande gekommen, so kommt beiden die gleiche Kraft zu, und es wird deshalb, da der Angreifende beweisen muß, daß der andere nicht geschützt ist, dies aber nicht beweisen kann, der Angreifende unterliegen [4]).

Eine Untersuchung der Rechtslage, die sich ergibt, wenn widersprechende Eintragungen im Grundbuch vorhanden sind, würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Erwähnt sei nur, daß nach Theorie und Praxis keine der beiden Eintragungen [5]) durch den öffentlichen Glauben geschützt wird [6]).

[1]) So Staudinger zu § 2366; Strohal, Weiner, Ress u. a. A. M. Planck, a. a. O. S. 918 ff.; Crome V, S. 273; Nach Leonhard, Erbrecht, Bem. IV b zu § 2366 geht der ältere Schein vor, außer wenn sein Inhaber von dem anderen widersprechenden Scheine wußte. Dem kann m. E. nicht zugestimmt werden, weil alsdann die Wirksamkeit des Erbscheins nur von der zufällig früher erfolgten Erteilung abhinge.

[2]) Planck, S. 922 meint, daß der Schutz des § 2366 nur eintrete, soweit die Vermutung des § 2365 reicht; daß folgerichtig angenommen werden müsse, daß auch Verfügungen für die der Widerspruch zwischen den beiden Erbscheinen sachlich von Bedeutung ist und die zu einer Zeit getroffen werden, zu der die beiden Erbscheine nebeneinander bestehen, nicht durch den öffentlichen Glauben gedeckt werden. Ob nur auf Grund eines Erbscheines oder auf Grund beider Erbscheine Verfügungen getroffen worden sind, und ob im letzteren Falle die beiderseitigen Verfügungen einander entgegenstehen, sei unerheblich.

[3]) Vgl. Ress, a. a. O. S. 67.

[4]) Vgl. Staudinger, a. a. O. S. 1070.

[5]) Diese liegen z. B. dann vor, wenn dasselbe Grundstück auf zwei Blättern mit verschiedenen Eigentümern und verschiedenen Belastungen eingetragen ist.

[6]) Vgl. Reibnitz, a. a. O. S. 79; RGZ. 11, 278; 13, 248; 39, 256.

## § 6.

**Fälle des Zusammentreffens des öffentlichen Glaubens beim Erbschein mit dem beim Grundbuch. Untersuchung, inwieweit die einzelnen Rechtsgeschäfte an Nachlaßgrundstücken unter diesen Schutz des öffentlichen Glaubens des Erbscheines bezw. den des Grundbuchs fallen.**

Verfügt der durch Erbschein legitimierte Scheinerbe über ein Nachlaßgrundstück oder über zum Nachlaß gehörende Rechte an einem Grundstück, oder bestellt er an einem solchen Grundstück oder an einem solchen Rechte an einem Grundstück ein Recht, so trifft der Schutz des öffentlichen Glaubens beim Erbschein mit dem beim Grundbuch zusammen. Hierbei ist zwischen dem nach §§ 2366, 2367 kraft des öffentlichen Glaubens des Erbscheins und dem nach §§ 892, 893 kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs eintretenden Erwerb wohl zu unterscheiden und zwar nicht nur wegen der oben geschilderten Verschiedenheit der Schutzvoraussetzungen, sondern auch wegen der verschiedenen Gestaltung des geschützten Erwerbs.

Im folgenden soll nun untersucht werden, inwieweit einzelne Rechtsgeschäfte des Scheinerben an Nachlaßgrundstücken unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Erbscheins oder den des Grundbuchs fallen.

### I.

**Der Zeugniserbe verfügt über Nachlaßgrundstücke oder Rechte an solchen, ohne vorher als Berechtigter im Grundbuch eingetragen zu sein.**

Zunächst soll der Fall untersucht werden, wo der durch Erbschein legitimierte Scheinerbe über ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück oder über ein zum Nachlaß gehörendes Recht an einem Grundstück, zu dessen Uebertragung die Eintragung des Erwerbes im Grundbuch erforderlich ist, grundbücherlich verfügt, ohne selbst vorher als Rechtsnachfolger des im Grundbuch eingetragenen Erblassers eingetragen worden zu sein.

Die Möglichkeit einer solchen Verfügung ergibt sich aus den §§ 40 und 41 GBO. [1]).

Der § 41 GBO. enthält eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 40 Abs. 1 GBO., durch den die vorgängige Eintragung des von der Eintragung Betroffenen als formelles Eintragungserfordernis aufgestellt ist. Es muß sich um den Erben des eingetragenen Berechtigten handeln. Nötig ist also, daß der Erblasser als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist [2]).

Der nach § 1155 BGB. legitimierte Gläubiger gilt als eingetragener Gläubiger im Sinne des § 40 GBO. Der Begriff des eingetragenen

---

[1]) Vgl. RGZ. 53, 298, wo mit Recht ausgesprochen wird, daß die im § 41 Abs. 1 GBO. für den „Erben des eingetragenen Berechtigten" bestimmte Ausnahme von Eintragungszwange auch für den Erbeserben gilt.

[2]) Vgl. Güthe, a. a. O. I zu § 41.

Gläubigers ist aber in § 41 GBO. nicht anders auszulegen als in § 40 GBO. Es ist deshalb unter dem im § 41 Abs. 1 GBO. bezeichneten Erben des eingetragenen Berechtigten der Erbe des im Sinne des § 40 GBO. eingetragenen Berechtigten zu verstehen, also nicht nur der Erbe des im Grundbuch vermerkten Berechtigten, sondern auch der Erbe des gemäß § 1155 BGB. ausgewiesenen Briefbesitzers.

Nach § 29 GBO. soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn eine Eintragungsbewilligung des Berechtigten vorliegt. Andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen des Nachweises durch öffentliche Urkunden. Für die Eintragung des Erben gibt § 36 GBO. Beweismittel für seine Berechtigung auf. Demnach muß die Erbfolge durch Erbschein nachgewiesen werden.

Der durch Erbschein legitimierte Scheinerbe kann also seine Eintragung als Berechtigter ins Grundbuch nach § 36 GBO. bewirken. Eine solche Eintragung des Erben ist jedoch nicht erforderlich, es besteht kein grundbuchrechtliches Interesse für eine solche Eintragung, wenn die Uebertragung oder die Aufhebung eines für den Erblasser eingetragenen Rechtes eingetragen werden soll. Die Eintragung des Erben ist hier weder zur Vereinfachung der Buchführung noch durch die Interessen Dritter geboten, sie würde den Erben nur mit zwecklosen Kosten und das Grundbuchamt mit entbehrlicher Arbeit belasten.

Dieses Recht des Erben zu Verfügungen, ohne vorher seine Eintragung ins Grundbuch bewirkt zu haben, besteht naturgemäß nur dann, wenn der Erblasser als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist. Ist dies der Fall, dann kommt den beiden Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und des Erbscheins bei Verfügungen des Erben über Nachlaßgrundstücke je selbständige Bedeutung zu. Den Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach der Richtung, daß der Erblasser, als dessen Rechtsnachfolger der Erbe die Verfügung trifft, als der Berechtigte gilt; den Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Erbscheins aber nach der Richtung, daß die in dem Erbschein bezeugte Rechtsnachfolge besteht [1]). Die Folge ist, daß bei einer Unrichtigkeit des Grundbuchs und des Erbscheins ein Erwerb nur stattfinden kann, wenn sowohl die Voraussetzungen für den Erwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs wie diejenigen für den Erwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens des Erbscheins vorliegen.

Wenn wir von dem Fall ausgehen, daß das Grundbuch hinsichtlich der eingetragenen Rechte des Erblassers richtig ist, so ergibt sich, daß bei einer Verfügung des nicht eingetragenen Erben auch bei Grundstücken der Schutz des öffentlichen Glaubens des Erbscheins gemäß §§ 2366, 2367 eingreift. Es erweist sich also nur der auf dem öffentlichen Glauben des Erbscheins beruhende Schutz als wirksam und dem Erwerber wird hierdurch eine Rechtsstellung gewährt, die er kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs im speziellen Falle nicht würde erlangen können. Da der Schutz des öffentlichen Glaubens des Erb-

[1]) Vgl. Kretzschmar, Erbrecht S. 297; Staudinger V, S. 1071.

scheins weitergeht als der des Grundbuchs, insbesondere nicht auf den Erwerb von Nachlaßmobilien und Nachlaßrechten beschränkt ist, sondern auch den Erwerb von Nachlaßgrundstücken erfaßt, greift in dem Falle, daß der nicht ins Grundbuch eingetragene Erbe über Nachlaßgrundstücke verfügt, lediglich der Schutz des öffentlichen Glaubens des Erbscheins ein. Die Legitimation des Erben durch Erbschein hat hier für den rechtsgeschäftlichen Erwerber dieselbe Wirkung, als wenn der Erbe sich vorher als Berechtigter im Grundbuch hätte eintragen lassen.

Anderer Meinung sind Turnau-Förster [1]). Sie sind der Ansicht, daß derjenige, der gemäß § 41 GBO. ein eingetragenes Recht vom Zeugniserben erworben hat, allein durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und zwar nur in dem Umfange geschützt ist, wie der eingetragene Erblasser geschützt worden wäre, da gemäß § 2365 durch den Erbschein nur die Vermutung begründet werde, daß dem im Erbschein als Erbe Bezeichneten das im Erbschein angegebene Erbrecht zustehe.

Das ist m. E. nicht richtig, vielmehr greift in diesem Falle auf den Erwerb vom Zeugniserben nicht der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, sondern nur der des Erbscheins Platz. Dieser bewirkt für den gutgläubigen Erwerber, daß er das eingetragene Recht so erwirbt, als ob der Scheinerbe, sein Rechtsurheber, im Grundbuch als Berechtigter eingetragen gewesen wäre. Der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs wird dem Dritten versagt, aber der eintretende Erfolg ist derselbe, als ob ihm dieser Schutz zuteil geworden wäre. Ein anderes Resultat kann sich m. E. aus § 2366 BGB. und § 41 GBO. nicht ergeben.

Ist auch der Erblasser nicht eingetragen, so muß der Erbe selbst, nicht etwa zuerst der Erblasser, erst eingetragen sein, ehe weitere Eintragungen erfolgen dürfen. § 41 GBO. ist dann nicht anwendbar [2]).

## II.

### Der Zeugniserbe verfügt über Nachlaßgrundstücke nachdem seine Eintragung im Grundbuch als Berechtigter gemäß § 29, 36 GBO. erfolgt ist.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß der Erbe berechtigt ist, sich gemäß den §§ 29 und 36 GBO. als Berechtigter im Grundbuch eintragen zu lassen. Zum Nachweis seines Erbrechts genügt die Vorlegung des ihm erteilten Erbscheins.

Verfügt der nunmehr im Grundbuch eingetragene Scheinerbe über das Grundstück oder über Grundstücksrechte, so greifen selbstverständlich zugunsten des Erwerbers die Vorschriften über den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs Platz. Der Prüfung bedarf, ob der Schutz des öffentlichen Glaubens des Erbscheins in diesen Fällen

[1]) Vgl. Turnau-Förster: Liegenschaftsrecht I, 1900, S. 193.
[2]) OLG. 25, 377.

seine Bedeutung verliert oder ob er neben dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs selbständige Wirkung entfaltet.

Die Bedeutung des § 2366 wird durch die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zurückgedrängt, die stets maßgebend sind, wenn der Erbe im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist [1]). Die Voraussetzungen für diesen Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs können nur dort gegeben sein, wo ein Schutz nach § 2366 vollständig versagt, z. B. wenn ein den grundbuchrechtlichen Bestimmungen unterliegender Gegenstand nicht zum Nachlaß gehört oder wenn der Scheinerbe einem anderen ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück auflässt, als dessen Eigentümer er nach Maßgabe des § 36 Abs. 1, Satz 2 GBO. nicht auf Grund des Erbscheins, sondern auf Grund der in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todeswegen eingetragen worden ist.

Wie oben erwähnt wurde, entfällt der Schutz des öffentlichen Glaubens des Erbscheins dann, wenn der Dritte wußte, daß derselbe für kraftlos erklärt oder eingezogen war, oder daß das Nachlaßgericht dessen Rückgabe wegen Unrichtigkeit verlangt hat. Es muß daher untersucht werden, ob der Eintritt des durch die Bestimmungen über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützten Erwerbes durch die Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit des Erbscheins oder davon, daß dieser für kraftlos erklärt oder eingezogen worden ist, oder daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat, ausgeschlossen werden kann. Die Frage wird nur praktisch, wenn der Erwerber weiß, daß die Eintragung des Erben ins Grundbuch auf Grund seines im Erbschein bescheinigten Erbrechts erfolgt ist, und ist nur dann zu bejahen, wenn die oben erwähnte Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit etc. des Erbscheins im entscheidenden Zeitpunkt so beschaffen war, daß nach Lage des konkreten Falles zugleich auch Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit des Grundbuchs angenommen werden darf [2]). Ist der Dritte der Ueberzeugung, daß das Nachlaßgericht den Erbschein mit Unrecht für unrichtig hält, so muß ihm der öffentliche Glaube des Grundbuchs dennoch zustatten kommen. Die Aufforderung zur Rückgabe des Erbscheins kann ja auch in Momenten begründet sein, welche für das Verfügungsrecht des Zeugniserben über das fragliche Grundstück belanglos sind.

## III.

### Der Zeugniserbe tritt eine zum Nachlaß gehörige, auf ihn noch nicht umgeschriebene Briefhypothek an einen anderen ab.

Bei Prüfung der Frage, ob und bejahendenfalls welchen Schutz der Erwerber genießt, wenn der Zeugniserbe eine zum Nachlaß gehörige,

[1]) Vgl. Planck, Erbrecht, S. 918 ff.

[2]) Vgl. Strohal, a. a. O. S. 155.
Vgl. insbesondere § 6 IV dieser Arbeit, woselbst diese Frage und insbesondere die nach der Wirkung des im Grundbuch eingetragenen Widerspruch auf den öffentlichen Glauben des Erbscheins eingehender erörtert ist.

aber auf ihn noch nicht umgeschriebene Briefhypothek an diesen abtritt, ist zu unterscheiden, ob die Abtretungserklärung in gewöhnlicher Schriftform oder in einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung erfolgt.

Ein Schutz könnte sich zunächst für den Zessionar ergeben aus den Vorschriften der §§ 892 und 1155 BGB. Der Schutz des § 892 setzt die Eintragung des Ueberganges der Hypothek im Grundbuch voraus. Wäre eine solche Eintragung bei jeder Uebertragung der Hypothek über die ein Hypothekenbrief erteilt ilt, erforderlich, so würde dadurch der Hauptvorteil der Briefhypothek, ihre Umlaufsfähigkeit, entfallen. Dem hilft der § 1155 ab, wonach der im Grundbuch nicht eingetragene Besitzer des Briefes so gestellt wird, als wäre er im Grundbuch eingetragen. Vorausgesetzt ist hier jedoch, daß sein Gläubigerrecht aus einer zusammenhängenden Reihe von Abtretungserklärungen hervorgeht, die auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführt, und daß diese Abtretungserklärungen öffentlich beglaubigt sind.

Tritt der Zeugniserbe die Briefhypothek in öffentlich beglaubigter Form ab, so gilt für den Schutz des gutgläubigen Zessionars die Vorschrift des § 892 BGB. Der § 1155 macht jedoch die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 891 ff. von dem Nachweis einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von Abtretungserklärungen abhängig. Diese Reihe der Abtretungserklärungen reicht aber in dem vorausgesetzten Fall nicht auf den Uebertragenden, sondern auf dessen Erblasser zurück. Der Püfung bedarf, ob der gesetzliche Uebergang der Hypothek auf den Erben einer Abtretungserklärung im Sinne des § 1155 BGB. gleichgestellt werden kann, d. h. ob die Reihe der Abtretungserklärungen als durch den Erbfall unterbrochen anzusehen ist.

Das Kammergericht hat früher diese Frage durchweg bejaht und angenommen, daß die Reihe der Abtretungserklärungen durch einen Erbfall unterbrochen werde [1]), da der Zweck der Vorschrift des § 1155 BGB. gegen die Annahme spreche, daß ein Erwerb der Briefhypothek im Wege des Erbgangs den im § 1155 BGB. aufgezählten Erwerbsarten gleichgestellt werden sollte. Die Vorschrift des § 1155 war im Interesse der Sicherheit des Verkehrs im Hinblick auf die nach § 1154 BGB. außerhalb des Grundbuchs erfolgende rechtsgeschäftliche Uebertragung der Briefhypothek notwendig. Durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs würde an sich gemäß §§ 891 ff. nur derjenige geschützt worden sein, der seinen Rechtserwerb von einem im Grundbuch eingetragenen Berechtigten unmittelbar herleiten konnte. Der Schutz des öffentlichen Glaubens würde sich mithin bei der Briefhypothek auf einen Rechtserwerb, der sich außerhalb des Grundbuchs vollzieht, ohne die Vorschrift des § 1155 nicht erstreckt haben. Unter diesem Schutz, so schließt das Kammergericht, stehe aber nach § 892 nur der Rechtserwerb durch Rechtsgeschäft, nicht auch der Rechtserwerb kraft Gesetzes, mithin insbesondere nicht derjenige, der auf Erbgang beruht.

[1]) KG. Bd. 36, S. 242; Kretzschmar, Erbrecht S. 297.

Die Anwendung der Vorschriften der §§ 891 ff. auf den Rechtserwerb außerhalb des Grundbuchs könne daher den Schutz des öffentlichen Glaubens nur dem gewähren, der ein Recht außerhalb des Grundbuchs durch Rechtsgeschäft erworben hat; durch einen Erbfall werde die Reihe der Abtretungserklärungen unterbrochen.

Dieser Auffassung des Kammergerichts ist nicht beizutreten. Richtig ist m. E. die Ansicht Schweitzers [1]), welcher, gestützt auf die Motive des I. Entwurfs des BGB. meint, daß die beglaubigte Form der Abtretungserklärung nur eine Beweisvorschrift sei, welche einen anderen Beweis nicht ausschließe. Er ist der Ansicht, daß es dem Verkehrsbedürfnis widerspreche, die Reihe der Abtretungserklärungen für unterbrochen zu erklären, wenn der Erbe eines Zessionas eine weitere Uebertragung des Rechts vornimmt, und will erforderlichenfalls eine Auslegung des § 1155 über dessen Wortlaut hinaus zulassen.

Planck [2]) meint, daß die Motive des I. Entwurfes auf dem Standpunkt Schweitzers zu stehen scheinen, glaubt aber, daß lediglich der Wortlaut des Gesetzes entscheide, will jedoch der Ansicht Schweitzers beitreten, daß es dem Verkehrsbedürfnis widerspreche, die Reihe der Abtretungserklärungen durch einen Erbfall für unterbrochen zu erklären.

Die Frage, ob die Annahme, daß der Erbfall die Gläubigerreihe nicht unterbricht, dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen entspricht, ist m. E. zu bejahen [3]).

Indem der § 1155 eine zusammenhängende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen fordert verlangt er nicht, daß die Sukzession in das Gläubigerrecht nur durch Zession erfolgen dürfe, sondern beschränkt sich auf die Voraussetzungen, daß die auf den ersten Erwerber zurückführende Sukzession insoweit lückenlos sein soll, als sie in Zessionen besteht, und daß jede Zession in beglaubigter Form erklärt sein muß. Von den Zessionen darf daher keine fehlen, keine der vorgechriebenen Form entbehren. Die Reihe der Zessionen ist aber auch dann lückenlos, wenn der Erbe eines Zessionars das Recht weiterübertragen hat, denn infolge des Erbfalls ist eine Zwischenzession nicht erfolgt. Der Erbe, dem das Vermögen des Erblassers als Ganzes zufällt, tritt in die Rechtsstellung des Erblassers ein und überträgt daher die Hypothekenforderung nicht als ein Glied in der Reihe der Zessionare, sondern nur auf Grund des Rechtes seines Erblassers weiter.

Das Kammergericht ist später einschränkend zu folgender Rechtauffassung übergegangen [4]): Der Erbe des sich gemäß § 1155 ausweisenden Hypothekenbriefbesitzers gilt als Erbe des eingetragenen Berechtigten im Sinne des § 41 GBO. Die Vorschrift des § 40 Abs. 1 GBO. findet keine Anwendung, wenn der Uebergang der Briefhypothek auf den neuen Gläubiger, dessen Eintragung beantragt ist, bereits außer-

---

[1]) Vgl. Schweitzer in Gruch. Beitr. Bd. 45, S. 558 ff.; Wolff, im Recht 1903, S. 77; Staudinger zu § 1155, S. 1180.
[2]) Planck, Sachenrecht zu § 1155, Anm. 1.
[3]) Vgl. Wolff, im Recht 1903, S. 77 ff.
[4]) OLG. 18. 236.

halb des Grundbuchs erfolgt ist. Ist also eine Briefhypothek von dem Erben des eingetragenen Gläubigers an einen anderen und von diesem wiederum an einen Dritten abgetreten worden, so kann die Umschreibung der Hypothek auf den Namen des letzten Zessionars ohne vorgängige Eintragung des Zwischenzedenten im Wege der Grundbuchberichtigung erfolgen, wenn der Uebergang der Hypothek auf den Erben nachgewiesen ist und Abtretungserklärungen des Erben und dessen Zessionars vorgelegt werden (§§ 40, 41, 26 GBO.; 1155 BGB).

Das BGB. will den Hypothekenverkehr erleichtern, die Grundbuchordnung will das Grundbuch vereinfachen und unnötige Zwischeneintragungen vermeiden. Es entspricht also der Absicht des Gesetzgebers, die Vorschriften des § 1155 und des § 40 Abs. 2 GBO. auch im Falle der Rechtssukzession zur Anwendung zu bringen, und es würde dieser Absicht widersprechen, in diesen nicht seltenen Fällen die Reihe der Abtretungserklärungen für unterbrochen zu erklären.

Ist der übertragende Erbe im Besitze eines Erbscheins, dann erhebt sich die Frage, ob dieser Erbschein als öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis im Sinne des § 1155 Satz 2 anzusehen ist und somit der Erwerber der Hypothek gemäß § 1155 geschützt ist.

Im § 1155 Satz 2 ist nicht eine kraft Gesetzes erfolgte Uebertragung der Forderung der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung gleichgestellt, sondern ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis dieser Tatsache. Gegenstand der Anerkennug bildet also nicht die Tatsache, an die das Gesetz den Uebergang knüpft, sondern der Uebergang selbst [1]). Demnach muß von demjenigen, der vor dem Uebergange Gläubiger war, gegenüber dem jetzigen Gläubiger rechtsgeschäftlich in öffentlich beglaubigter Form anerkannt worden sein, daß die betreffende Tatsache, die kraft Gesetzes den Uebergang bewirkt, eingetreten, und daß zufolge dieser Tatsache die Hypothekenforderung auf den Empfänger übergegangen sei [2]). Ein solches Anerkenntnis soll für die Geltung des Briefbesitzers als eingetragenen Gläubigers einer Abtretungserklärung gleichstehen. Der bloße Nachweis des kraft Gesetzes erfolgten Uebergangs, mag er auch in öffentlicher Form erbracht sein, genügt nicht [3]).

Anderer Ansicht ist hier Schweitzer [4]). Diese vom Kammergericht

[1]) Planck zu § 1155; KG. 27, 125; Wolff § 142 Anm. 28.

[2]) RGRKomm. zu § 1155 Anm. 5; KG. 52, 189, OLG. 10, 95. A. M. OLG. 18, 178 insofern als das Anerkenntnis jener Tatsache allein schon für genügend erachtet wird.

[3]) KG. 35 A, S. 292; OLG. 32, 413;
in KG. 35, 290 ff wird das Anerkenntnis als eine rechtsgeschäftliche, auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gerichtete Willenserklärung definiert, die zum Gegenstand hat einen rechtlichen Vorgang, der sich bereits vorher, außerhalb der Anerkennungserklärung ereignet hat. Unter Anerkennung einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung kann nur eine rechtsgeschäftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers verstanden werden, durch welche er anerkennt, daß die der Hypothek zugrunde liegende Forderung kraft Gesetzes auf den neuen Gläubiger übertragen worden ist.

[4]) Schweitzer in Gruch. Beitr. Bd. 45 S. 558 ff.

und der herrschenden Lehre dem Wort „Anerkenntnis" beigelegte Bedeutung verkennt Schweitzer nicht; er will aber trotzdem den § 1155 auch zur Anwendung bringen, wenn diejenigen Tatsachen urkundlich nachgewiesen sind, welche den Uebergang der Hypothek kraft Gesetzes bewirken. Er beruft sich hierfür auf den Wortlaut der Motive [1]), die tatsächlich auf dem Standpunkt zu stehen scheinen, daß die Anwendung der dem heutigen § 1155 BGB. entsprechenden Vorschrift, die nur die Abtretungserklärungen und Ueberweisungsbeschlüsse nennt, auf die den gesetzlichen Uebergang beweisenden Urkunden selbstverständlich sei. Das auf Grund eines Beschlusses der II. Kommission, für den in den Materialien (Prot. II, 3, S. 658) [2]) keine besonderen Gründe angeführt sind, das Anerkenntnis in dem Gesetz ausdrücklich hervorgehoben worden ist, soll nach Schweitzer nur den Zweck haben festzustellen, daß es nicht des Nachweises des Anerkenntnisvertrages, sondern nur des einseitigen Anerkenntnisses bedarf, und daß dieses durch öffentlich beglaubigte Urkunden zu beweisen ist.

Wenn diese Ausdehnung des § 1155 über seinen Wortlaut hinaus auch einem großen praktischen Bedürfnis entspricht, namentlich mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 40 GBO., die — von den Erben des eingetragenen Gläubigers abgesehen, nur den gemäß § 1155 ausgewiesenen Besitzer des Briefes von dem Erfordernis der vorgängigen Eintragung von einer sein Recht betreffenden Eintragung entbinde, so kann sie gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes doch nicht als richtig anerkannt werden. Denn zu der Ausdehnung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf das subjektive Gläubigerrecht eines nicht eingetragenen Berechtigten ist auch in dem Falle, das dieser kraft Gesetzes erworben hat, eine besondere Vorschrift erforderlich und die Absicht des Gesetzgebers nicht genügend [3]). Deshalb wird man nur ein öffentlich beglaubigtes rechtsgeschäftliches Anerkenntnis des kraft Gesetzes erfolgten Ueberganges der Hypothek und nicht den urkundlichen Nachweis der diesen Uebergang ergebenden Tatsachen hierher rechnen dürfen [4]). Der Fall des Uebergangs kraft Gesetzes durch Erbgang scheidet daher von vornherein aus, weil eine Anerkenntniserklärung des Erblassers als bisherigen Gläubigers nicht in Frage kommen kann. Insbesondere ist ein Erbschein oder eine letztwillige Verfügung, wo-

---

[1]) Mot. III, S. 752 sagen: Für die Legitimation durch Uebertragungsurkunden wird vorausgesetzt, daß die Abtretungserklärungen und die Ueberweisungsbeschlüsse, oder, wenn ein gesetzlicher Uebergang vorgenommen ist, die diesen beweisenden Urkunden in zusammenhängender Reihenfolge auf den eingetragenen Gläubiger zurückzuführen und das Recht des Briefinhabers als Gläubiger ergeben.

[2]) Prot. III, S. 658: Gegen den Vorschlag, das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Abtretungserklärung gleichzustellen, erhob sich kein Widerspruch.

[3]) Vgl. Planck zu § 1155.

[4]) So Planck, a. a. O.; RGRKomm. zu § 1155 A. 5; A. M. Schweitzer a. a. O.; OLG. 18, 178; Turnau-Förster Erl. 4.

durch der Uebergang auf den Erben nachgewiesen wird, kein Anerkenntnis [1]).

Die Unbilligkeit dieser Entscheidung gegenüber dem Verkehrsbedürfnis wird wettgemacht durch die oben erörterte Bedeutung der Vorschrift des § 1155 BGB. für die Bestimmung des § 41 GBO., nach der es der Eintragung des Erben des gemäß § 1155 legitimierten Briefbesitzers nicht bedarf, wenn die Uebertragung oder die Aufhebung des Hypothekenrechts eingetragen werden soll, so daß ein Erbfall insoweit die zusammenhängende Reihe nicht unterbricht [2]).

Einer besonderen Prüfung bedarf der Fall, daß der legitimierte Scheinerbe eine zum Nachlaß gehörende, auf ihn aber noch nicht umgeschriebene Briefhypothek unter Erteilung der Abtretungserklärung in gewöhnlicher Schriftform in Verbindung mit der Uebergabe des Hypothekenbriefs an einen anderen abtritt (§ 1154 BGB.). Ein Schutz aus §§ 892 und 1155 würde hier, wenn die Abtretungserklärung der öffentlichen Beglaubigung entbehrt, für den Zessionar von vornherein entfallen. Auf Grund des § 2366 tritt dagegen ein Schutz auch in Ermangelung einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung ein [3]).

Strohal bemerkt mit Recht, daß die Bestimmung des § 892 in Verbindung mit § 1155 in Ansehung der hypothekarisch versicherten Forderung zugunsten des Zessionars nur zum Schutze des hypothekarischen Anspruchs des Zessionars eingreift (§ 1138 BGB.). Nicht zutreffend erscheint mir dagegen die Ansicht Strohals, daß der § 2366 dem Zessionar neben dem hypothekarischen Anspruch auch den obligatorischen Anspruch gegen den persönlichen Schuldner sichere [4]), also auch wenn dieser nicht besteht. Einen Schutz in dieser Hinsicht kann der Erbschein nicht gewähren, weil der ihm beigelegte öffentliche Glaube sich auf das Bestehen des darin bezeugten Erbrechts beschränkt. Er kann nicht dazu führen, daß der Zessionar mit der Hypothek die nicht bestehende persönliche Forderung, oder aber daß er eine dem Erblasser nicht zustehende Hypothek erwirbt. Stand dagegen die Briefhypothek dem Erblasser wirklich zu, so greift nur der öffentliche Glaube des Erbscheins ein, wenn der Erbe die Hypothek durch Erteilung einer privatschriftlichen Abtretungserklärung abtritt. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs kommt hier gar nicht in Betracht.

Nicht in allen Fällen schließt der Schutz des § 2366 einen daneben kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs eintretenden Schutz aus. Z. B. in dem Fall, daß der durch Erbschein legitimierte Scheinerbe durch gerichtliche oder notariell beglaubigte Abtretungserklärung und in Verbindung mit der Uebergabe des Hypothekenbriefes eine zum Nachlaß gehörende Hypothekenforderung überträgt zu einer Zeit, zu der die vorangehende Hypothek zu Unrecht gelöscht ist. Sind hier die

---

[1]) Bestritten OLG. 10, 95.

[2]) Vgl. RGZ. 88, 349.

[3]) Vgl. Hellwig, a. a. O. S. 461 ff; Strohal, S. 380; Esslinger S. 98; a. M. Kretzschmar a. a. O.

[4]) Der gleichen Ansicht wie Strohal ist Binder II, S. 13, Anm. 59.

Voraussetzungen des § 2366 gegeben, so erwirbt der Zessionar mit der Hypothek auch die abgetretene persönliche Forderung [1]) und liegen daneben hinsichtlich der zu Unrecht erfolgten Löschung auch die Vorausetzungen des § 892 vor, so erlangt der Zesionar auch den Vorrang vor der gelöschten Hypothek [2]).

## IV.

### Der Zeugniserbe verfügt auf Grund des Erbscheins über ein Recht, gegen das im Grundbuch ein Widerspruch eingetragen ist.

Es kann vorkommen, daß gegen ein Recht des Zeugniserben im Grundbuch ein Widerspruch eingetragen ist, der Erbe jedoch auf Grund des Erbscheins über das Recht verfügt. Hier bedarf der Untersuchung, ob ein Schutz des Erwerbers wegen des eingetragenen Widerspruchs überhaupt entfällt oder ob der Schutz des Erbscheins Platz greift.

Die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Erbscheins versagt das Gesetz demjenigen, der weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Scheines wegen Unrichtigkeit verlangt hat. Damit wird die Rückforderung des Erbscheins dem im Grundbuch eingetragenen Widerspruch gegen die Richtigkeit einer Eintragung gleichgestellt. Es besteht hierbei jedoch der Unterschied, daß die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs bei der Eintragung eines Widerspruchs schlechthin und ohne jede Rücksicht auf die Kenntnis des Erwerbers davon ausgeschlossen wird. Bei der Rückforderung des Erbscheins hingegen muß die — von der Gegenpartei nachzuweisende — Kenntnis des Erwerbes von der Rückforderung hinzukommen. Dieser Unterschied entspringt aus der verschiedenen Natur der beiden Richtungen. Der Erwerb eines im Grundbuch eingetragenen Rechtes, den der Dritte macht, kommt in der Regel nur durch die Eintragung zustande. Der Erwerber kann aber, da die Einsicht in das Grundbuch allen Interessenten erlaubt ist, stets von dem eingetragenen Widerspruch Kenntnis nehmen. Der Dritte, der unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs stehen will, muß sich über dessen Inhalt informieren, zu dem auch der eingetragene Widerspruch gehört [3]).

Beim Erbschein dagegen ist die Sachlage eine andere. Ist der Schein unrichtig und verlangt daher das Nachlaßgericht die Rückgabe, so ist dieser Umstand auf dem Erbschein nicht ersichtlich. Der Schutz ist daher nicht schon dann für den Erwerber ausgeschlossen, wenn die

[1]) Vorausgesetzt natürlich, daß eine solche besteht.
[2]) Vgl. Strohal, a. a. O.
[3]) Die dadurch bewirkte Unrichtigkeit muß er gegen sich gelten lassen, natürlich nur insoweit die Wirksamkeit seines Erwerbes von dem durch den Widerspruch angefochtenen Buchinhalt abhängt.

Rückgabe verlangt ist, sondern erst wenn er dieses weiß [1]).

Von einer Kollision zwischen dem öffentlichen Glauben des Erbscheins und dem des Grundbuchs kann in dem zugrunde gelegten Fall nur dann die Rede sein, wenn der Widerspruch zu dem Zeitpunkt, in dem der Erwerb des Rechtes sich vollzieht, bereits eingetragen ist. Nicht zu folgen ist der Ansicht, daß es genüge, daß der Widerspruch vor Vollendung des Rechtserwerbs eingetragen ist, da erst auf den vollendeten Erwerb die Anwendung des § 892 möglich sei [2]). Der Erwerber kann sich vielmehr auf den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nur dann nicht berufen, wenn der Widerspruch vor dem in § 892 Abs. 2 angegebenen Zeitpunkt eingetragen worden ist [3]). In dem Fall, daß die Eintragung ins Grundbuch der Einigung nachfolgt, ist der Schutz des öffentlichen Glaubens nur dann ausgeschlossen, wenn der Widerspruch im Grundbuch gebucht ist, bevor der Antrag auf Eintragung gestellt ist. Wird er nach der Stellung dieses Antrags, aber noch vor der Eintragung eingetragen, so wird ihm der Schutz nicht versagt.

Der von Biermann u. a. vertretenen Ansicht [4]) kann nicht gefolgt werden. Nach ihr bezieht sich der § 892 Abs. 2 nur auf den Fall, daß der Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchsinhalts kennt. Ist z. B. zur Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung der Widerspruch noch nicht gebucht, wird aber noch vor dem Erwerb eingetragen, so soll sich der Dritte nicht auf den öffentlichen Glauben berufen können. Entscheidend sei, ob zur Zeit der Eintragung des Rechtes ein Widerspruch im Grundbuch eingetragen ist oder nicht.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Es würde inkonsequent sein, den im § 892 Abs. 2 angegebenen Zeitpunkt nur dann anzuwenden, wenn der Erwerber die Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs außerhalb des Grundbuchs, nicht durch das Grundbuch selbst erlangt hat [5]). Ist der Antrag auf Eintragung des Widerspruchs beim Grundbuchamt gestellt, ist aber in dem Zeitpunkt, in welchem ein Erwerber die Eintragung seines Rechtes beantragt, die Eintragung des Widerspruchs noch nicht erfolgt, so steht der Widerspruch, obwohl er dem Rechte im Range vorgehen wird, dem Erwerber dieses Rechtes nicht entgegen. Denn für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist lediglich der Inhalt des letzteren selbst, nicht aber auch das Anmelde-

---

[1]) Wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypotheken- oder Grundschuldbrief oder einem Vermerk auf diesem hervorgeht, kann sich der Erwerber der Hypothek oder Grundschuld auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen, auch wenn ihm der Inhalt des Briefes unbekannt sein sollte. Denn dieser gilt ebenso wie der Inhalt des Grundbuchs als ihm bekannt.

[2]) So Rosenberg, Sachenrecht zu § 892; v. Reibnitz, a. a. O. S. 60.

[3]) Vgl. Turnau-Förster I, S. 205.

[4]) Vgl. Biermann S. 44; Strecker S. 100; Reibnitz S. 61, die ebenfalls die Ansicht Biermanns vertreten.

[5]) Vgl. Turnau-Förster, a. a. O.

register maßgebend. Dem Antragsteller ist nicht zuzumuten, sich darum zu kümmern, ob seinem Antrag vorhergehende Anträge vorliegen. Im übrigen begründet die Kenntnis von dem Vorliegen eines früheren Antrags auf Eintragung noch keine mala fides [1]).

Ist der Widerspruch mit Rechtswirksamkeit gegen den Erwerber vom wahren Erben eingetragen, so scheidet regelmäßig für den Erwerber der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs aus. Bei Prüfung der Frage, ob dem Erwerber der Schutz des öffentlichen Glaubens des Erbscheins zugute kommt, muß zwischen zwei Möglichkeiten unterschieden werden.

Richtet sich der Widerspruch gegen die grundbücherliche Position des Erblassers, so ist er, selbst wenn er erst nach dem Erbfall eingetragen worden ist, zweifellos auch gegenüber dem auf den Schutz des § 2366 sich berufenden Erwerber wirksam. Kraft des öffentlichen Glaubens des Erbscheins kann der Erwerber das ihm vom Scheinerben übertragene Recht nur erlangen, wenn es und in der Beschaffenheit wie es zum Nachlaß gehörte. Stand dem Erblasser das Recht nicht zu, so kann es demgemäß auch nicht als zum Nachlaß gehörig betrachtet werden, und der auf Grund des Erbscheins Erwerbende wird nicht geschützt. Erweist sich der Widerspruch als unbegründet, so greift der Schutz des Erwerbers gegenüber dem wahren Erben je nach den Umständen auf Grund des § 892 oder des § 2366 oder auf Grund beider Bestimmungen selbstverständlich durch [2]).

Die zweite Möglichkeit ist, daß der Widerspruch auf Verlangen des wahren Erben eingetragen worden und gegen diejenige Buchung gerichtet ist, laut welcher der legitimierte Scheinerbe als Rechtsnachfolger des Erblassers eingetragen ist. Hier erhebt sich die Streitfrage, ob trotzdem der Schutz des öffentlichen Glaubens des Erbscheins zugunsten des Erwerbers bestehen bleibt oder ob auch dieser entfällt. Nach Strohal und Planck [3]) muß hier nicht nur der Schutz nach § 892, sondern auch der nach § 2366 als ausgeschlossen erachtet werden, da derjenige, der ein Buchrecht erwirbt, es notwendig in der zur Zeit des Erwerbes vorhandenen bücherlichen Beschaffenheit erwerbe, woran auch der Erbschein nichts zu ändern vermöge.

Nach der anderen Auffassung [4]) braucht derjenige, dem der Inhalt des Erscheins zustatten kommt, einen ungünstigeren Inhalt des Grundbuchs nicht gegen sich gelten zu lassen [5]). Derjenige, der das Grundstück von dem Zeugniserben, gegen dessen Recht ein Widerspruch im Grundbuch eingetragen ist, erwirbt, werde zwar infolge des Widerspruchs nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, wohl aber durch den des Erbscheins geschützt. In dem Falle, daß sich der

[1]) So Mot. zum I. Entw. der GBO. S. 89.
[2]) Vgl. Strohal, a. a. O.; Hellwig, a. a. O. S. 463 Anm. 21.
[3]) Strohal, a. a. O.; Planck Erl. VI zu 2366.
[4]) z. B. Weiner, a. a. O. S. 73; Esslinger, a. a. O. S. 99; Hellwig, a. a. O. S. 463.
[5]) Dasselbe gilt für den umgekehrten Fall.

Rechtserwerb unabhängig vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs vollzieht, sei der Widerspruch ohne Bedeutung. Das Gesetz kenne keine Verpflichtung, das Grundbuch einzusehen.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Es kann nicht angängig sein, daß derjenige, welchem ein Nachlaßgrundstück von dem bereits als Eigentümer eingetragenen Scheinerben zu einer Zeit aufgelassen wird, zu der bereits ein vom wahren Erben verlangter Widerspruch im Grundbuch steht, sich dem Berichtigungskläger gegenüber einfach auf den Schutz des § 2366 beruft. In diesem Falle versagt auch der Schutz des öffentlichen Glaubens des Erbscheins, weil, wie oben festgestellt [1]), in diesem Fall die grundbuchrechtlichen Vorschriften als die spezielleren denjenigen über den Erbschein vorgehen. Richtig ist, daß keine Pflicht für den Erwerber besteht, das Grundbuch einzusehen. Es liegt aber gerade im Wesen des Widerspruchs, daß er den öffentlichen Glauben des Grundstücks zerstört, ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber den Widerspruch kennt oder nicht. Der Erwerber erwirbt das Grundstück in der z. Zt. des Erwerbes vorhandenen bücherlichen Beschaffenheit. Hieran vermag auch der Erbschein nichts zu ändern.

Allerdings wird im umgekehrt liegenden Falle, daß der Schutz des Erbscheins nicht eintritt, weil dieser wegen Unrichtigkeit vom Nachlaßgericht zurückgefordert ist, trotzdem der Schutz des Grundbuchs eingreifen, wenn der Erbe über ein im Grundbuch bereis auf ihn umgeschriebenes Recht verfügt [2]). Dieses Ergebnis entspringt konsequenterweise auch den Erwägungen, daß die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs als die spezielleren denjenigen über den des Erbscheins vorgehen wenn der Zeugniserbe im Grundbuch eingetragen ist [3]).

Denn der Erwerber wäre ja auch dann geschützt, wenn gar kein Erbschein erteilt oder der erteilte schon eingezogen wäre. Keine Billigung verdient daher die Annahme von Strohal, daß der an sich begründete Schutz des Grundbuchs dadurch aufgehoben werde, daß nach den Vorschriften über den Erbschein ein Schutz nicht statfindet. Wenn also auch der Erwerber eines Nachlaßgrundstücks weiß, daß das Nachlaßgericht den erteilten Erbschein zurückgefordert hat, erlangt er darum doch durch die Auflassung von dem eingetragenen Erbscheinerben das Eigentum [4]).

Dieses Ergebnis wird auch bestätigt durch die Tatsache, daß das Grundbuchamt nicht verpflichtet ist, von Amts wegen einen Widerspruch gegen das Recht des Scheinerben einzutragen, wenn es erfährt,

---

[1]) Vgl. § 6 II dieser Arbeit.

[2]) So auch Binder II, S. 12 Anm. 58.

3) Abgesehen werden muß natürlich von dem in § 6 II behandelten Fall, wo die Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit des Erbscheins im entscheidenden Zeitpunkt so beschaffen war, daß nach Lage des konkreten Falles zugleich auch Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit des Grundbuchs gemäß § 892 angenommen werden darf.

[4]) Vgl. Planck V, S. 669.

daß der Erbschein, auf Grund dessen die Eintragung erfolgt ist, wegen Unrichtigkeit vom Nachlaßgericht zurückverlangt wird.

Eine Verpflichtung des Grundbuchamts zur Eintragung eines Widerspruch von Amts wegen ergibt sich nicht aus der Grundbuchordnung. Eine solche Verpflichtung ergibt sich nach § 54 GBO. nur, wenn das Grundbuchamt durch die Vornahme der Eintragung seinerseits gesetzliche Vorschriften verletzt hat. Der § 54 GBO. gibt dem Grundbuchbeamten das Recht und die Pflicht, dem Schaden nach Möglichkeit vorzubeugen. Das Grundbuchamt ist verpflichtet, von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen, sobald es erkennt, daß es eine Eintragung ins Grundbuch aus Versehen unrichtig vorgenommen hat [1]).

Hat das Grundbuchamt hingegen, ohne seinerseits gesetzliche Vorschriften zu verletzen, z. B. auf Grund eines sachlich nicht zutreffenden Erbscheins, eine Eintragung vorgenommen, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist, so kann es den Beteiligten überlassen bleiben, nach § 899 BGB. die Eintragung eines Widerspruchs herbeizuführen.

Der Schutz des Grundbuchs kommt demnach dem gutgläubigen Erwerber solange zustatten, als die beantragte Eintragung eines Widerspruchs nicht erfolgt ist. Ebenso würde der Fall natürlich sein, wenn der falsus heres im Grundbuch eingetragen wäre, aber nicht als Erbe verfügt hätte und wenn auch aus dem Grundbuch nicht zu ersehen wäre, daß das Eigentum infolge Erbfalls eingetragen sei. Hier würde es für den Erwerber ganz gleichgültig sein, wenn er wußte, daß der Veräußerer nicht der Erbe sei.

## § 7.

### Die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek durch den Zeugniserben zugunsten eines Dritten.

Bestellt der Zeugniserbe einem Dritten an einem Nachlaßgrundstück eine Hypothek, so stellt der Erwerb dieser Hypothek den Erwerb eines Rechtes an einem Erbschaftsgegenstand im Sinne des § 2366 BGB. bezw. den Erwerb eines Rechtes am Grundstück im Sinne des § 892 dar.

Ob der Erwerber bezüglich des Erwerbes der Hypothek den Schutz des § 2366 oder den des § 892 BGB. genießt, hängt davon ab, ob der Zeugniserbe zur Zeit der Eintragung der Hypothek bereits als Eigentümer im Grundbuch eingetragen war oder nicht. Der Schutz des § 892 ist stets maßgebend wenn der Erbe als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Dieser Schutz wird auch einer Eintragung zu gewähren sein, die zu gleicher Zeit mit der Eintragung der Hypothek beantragt ist, wenn die Eintragung als Eigentümer nur unmittelbar vor der Eintragung der Hypothek erfolgt [2]).

Der Erwerber erwirbt demnach auf Grund seiner Gutgläubigkeit diese Hypothek rechtswirksam gemäß § 892 BGB. Dinglicher Hypo-

[1]) Vgl. Turnau-Förster, a. a. O. zu § 54 GBO.
[2]) Vgl. Staudinger, a. a. O. zu § 892 Anm. II, A. 1, d.

thekenschuldner wird der wahre Erbe als Eigentümer des Grundstücks. Persönlicher Hypothekenschuldner bleibt jedoch nach wie vor der Scheinerbe, der die obligatorische Verpflichtung aus der Hypothek eingegangen ist [1]). Denn grundsätzlich nur die dinglichen Rechtsgeschäfte in bezug auf einen Erbschaftsgegenstand sind dem wahren Erben gegenüber wirksam, nicht die obligatorischen. Letztere nur insoweit, als über sie eine Verfügung im Sinne des § 2367 BGB. getroffen wird. Geht der im Erbschein als Erbe Bezeichnete in Ansehung eines Erbschaftsgegenstandes eine obligatorische Verpflichtung ein, so erhält der Gläubiger doch nur denjenigen zum Schuldner, welcher sich ihm gegenüber verpflichtet hat und hierbei bewendet es auch dann wenn sich herausstellt, daß nicht dieser, sondern ein anderer der wahre Erbe ist.

## § 8.

### Die Vermietung oder Verpachtung eines Grundstücks durch den Scheineigentümer.

Nach §§ 892, 2366 BGB. soll geschützt werden der Erwerb eines Grundstücks bezw. Erbschaftsgegenstandes, sowie der Erwerb eines Rechtes an einem solchen. Dieser Schutz wird ausgedehnt durch die §§ 893 und 2367 BGB. auf denjenigen, der an einen im Grundbuch eingetragenen bezw. durch Erbschein Berechtigten auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt, sowie auf denjenigen, der mit dem Berechtigten in Ansehung dieses Rechtes ein nicht unter die Vorschriften der §§ 892 und 2366 fallendes Rechtsgeschäft abschließt, das eine Verfügung über das eingetragene Recht enthält.

Von der Voraussetzung ausgehend, daß der Scheinerbe bereits als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist, wird im folgenden bei Prüfung der Rechtswirksamkeit der Vermietung des Grundstücks durch den Scheinerben nur von dem Schutz des § 893 BGB. — der dem Schutz des § 2367 entspricht — als dem spezielleren die Rede sein.

Unter den Schutz des § 893 fallen diejenigen dinglichen, aber, weil nicht erwerbsvermittelnd, nicht unter den Schutz des § 892 fallenden Verfügungen über ein im Grundbuch eingetragenes Recht, welche in der Form eines zwischen dem im Grundbuch als Eigentümer bezeichneten und einem anderen vorgenommenen Rechtsgeschäfts erfolgen. Nicht darunter fallen Rechtsgeschäfte, die nur obligatorische Wirkungen äußern, sondern das Rechtsgeschäft muß eine Verfügung über das Recht enthalten.

Der Gesetzgeber will unter einem Rechtsgeschäft, das eine Verfügung über das Recht enthält, ein solches verstanden wissen, das eine Aenderung des Rechtes an dem Grundstück oder eines Rechtes an einem solchen Rechte unmittelbar bewirkt oder bezweckt [2]).

---

[1]) Hierüber s. ausführlicher § 11 dieser Arbeit.
[2]) RGZ. 90, 399.

Die wichtigsten Arten der Verfügung sind Veräußerung, Belastung, Aenderung, Verzicht [1]). Daß das Rechtsgeschäft dem Sachenrecht angehöre ist nicht erforderlich, sondern nur, daß nicht lediglich eine Verpflichtung zur Vornahme einer Rechtsänderung begründet werde, sondern unmittelbar ein Recht geändert, aufgehoben oder übertragn wird. Ob die Besitz- oder Gebrauchsüberlassung als Verfügung über einen Gegenstand angesehen werden muß, ist äußerst umstritten [2]).

Die Beantwortung der Frage nach der Rechtswirksamkeit der Vermietung eines Nachlaßgrundstücks durch den eingetragenen Scheineigentümer hängt ab von der Beantwortung der Frage, ob die Vermietung eines Grundstücks eine Verfügung über das Grundstück in dem oben geschilderten Sinne darstellt. Diese Frage ist in der Rechtslehre äußerst umstritten. Das Reichsgericht und die Rechtslehre verneinen überwiegend in diesem Falle die Möglichkeit der Annahme einer Verfügung [3]).

Bei der Untersuchung dieser Streitfrage ist auszugehen von der rechtlichen Natur der Miete überhaupt. Die Frage nach der Rechtsnatur der Miete teilt die Rechslehre in zwei Hauptgruppen.

Eine Lehrmeinung, deren Hauptvertreter Cosack, Mitteis, Fuchs sind [4]), faßt die Miete als ein dingliches Recht auf, teils unbedingt dinglich, teils als erst durch die Besitzüberlassung dinglich werdend. Sie gelangt hierzu durch die Bestimmung des § 571 BGB., die dem Mieter, der sich im Besitze der Mietsache befindet, eine dingliche Rechtsstellung verleiht.

Sowohl Mitteis als auch Fuchs geben zu, daß auf Grund des Gesetzes die Miete nicht als dingliches Recht und mithin die Vermietung eines Grundstücks nicht als Verfügung über das Grundstück im Sinne des § 893 anzusehen sei. Mitteis sieht in der Ueberlassung eines Grundstücks zur Miete eine Verfügung im Sinne des § 893 nach Analogie des § 883 Abs. 2 BGB. und schließt daraus auf die dingliche Natur der Miete.

Die Auffassung, daß nur solche Rechte am Grundstück dinglich sein können, die im III. Buch des BGB. aufgezählt sind, sowie die Eintragungsfähigkeit im Grundbuch als Kriterium des dinglichen Rechtes

---

[1]) Keine Verfügung ist, wie Hellwig, a. a. O. S. 462 meint, die Aushändigung einer den Anforderungen der GBO entsprechenden Bewilligung der Eintragung eines Niessbrauchs. Hellwig verwechselt hierbei offenbar die Gebundenheit des Eigentümers an die von ihm erteilte Bewilligung mit der dinglichen Verfügungsbeschränkung des § 892 Abs. 1, Satz 2. Jene besteht lediglich darin, daß der Eigentümer die von ihm nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften erteilte und ausgehändigte Bewilligung nicht einseitig widerrufen kann, bewirkt aber durchaus noch keine Verfügungsbeschränkung.

[2]) Hierüber siehe unten S. 44—46.

[3]) So RGZ. 106, 109; RGRKomm. zu § 2367 Bem. 3; Staudinger zu § 893, Bem. II, 1 a; a. M. Cosack-Mitteis. Vermittelnd Raape, a. a. O.

[4]) Vgl. Cosack, a. a. O. S. 310 ff.; Mitteis und Fuchs, a. a. O.

betrachtet Mitteis als allzu äußerliche. Die Wirkung der Vermietung durch den Scheineigentümer äußere sich nur darin, daß der wahre Eigentümer lediglich dinglich gebunden sei, Besitz und Gebrauch des Mieters zu dulden. Die übrigen Verpflichtungen und Rechte aus dem Vertrage blieben in der Person des vermietenden Scheineigentümers bestehen.

Fuchs [1]) stellt die Miete der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit des § 1093 BGB. gleich, da auch das Recht des Mieters das Grundstück belaste. Die Miete sei kein unter die dinglichen Rechte des BGB. fallendes „Recht an der Sache". Aber es gebe auch dingliche Rechte, die nicht im Sinne des BGB. Rechte an der Sache seien. Dinglichkeit sei vorhanden, sobald das Recht seinen Gegenstand belaste. Es müsse sich nicht um eine Belastung im Sinne des BGB. handen. Demnach seien Miete und Pacht am Grundstück dingliche Rechte.

Die herrschende Lehrmeinung und ihr folgend in ständiger Rechtsprechung das Reichsgericht sieht in der Miete ein rein obligatorisches Recht [2]). Sie stützt sich hierbei hauptsächlich auf die grundlegende Untersuchung von Crome, a.a.O. über die Rechtsnatur der Miete. Die obligatorische Natur der Miete wird hier zunächst hergeleitet aus der Stellung im II. Buch des BGB.

Auch die Bestimmung des § 571 beseitige nicht die obligatorische Natur der Miete, da der hier ausgesprochene Grundsatz: „Kauf bricht nicht Miete" nicht als Folgesatz aus allgemeinen Rechtsprinzipien, sondern als Ausnahmevorschrift in das Geetz aufgenommen worden sei. Die Miete sei auch nicht als Reallast aufzufassen. Das Verhältnis sei zwar den Reallasten ähnlich, denn auch die Reallast verpflichte den Grundbesitzer als solchen zu obligatorischen Leistungen. Daneben aber gibt die Reallast dem Berechtigten ein dingliches Recht am Grundstück, das gegen jeden Dritten wirkt. Ein solches dingliches Recht fehle bei der Miete. Es werde nicht durch die Bestimmung des § 571 BGB. gegeben. Gegen die Auffassung der Miete als dingliches Recht sprächen aber auch die daraus folgernden Wirkungen. So müßte der Vormund gemäß § 1821 Ziff. 1 u. 3 BGB. generell die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts haben zur Vermietung eines Grundstücks, da schon die Uebernahme der Verpflichtung zur Verfügung über Rechte an Grundstücken an diese Genehmigung gebunden sei. Aus § 1822 Ziff. 5 sei aber ersichtlich, daß der Mietvertrag nicht davon getroffen werde. Nach alledem kann nach Crome und der herrschenden Lehre von einer dinglichen Natur der Miete keine Rede sein.

Stellt nun die Vermietung eines Grundstücks eine Verfügung über dasselbe dar?

Die Lehrmeinung, die das Mietrecht für ein dingliches Recht ansieht, muß folgerecht auch annehmen, daß in der Begründung dieses

[1]) a. a. O. S. 35 ff.
[2]) So RGZ. 106, 109; Crome in Jherings Jahrb. a. a. O.: Wolff, a. a. O. Planck, Staudinger u. a.

Rechtes eine Verfügung liege [1]). Zu dieser Folgerung kommen alle bis auf Fuchs [2]), der zwar die dingliche Natur der Miete betont, aber dennoch seltsamerweise in der Vermietung eines Grundstücks keine Verfügung sieht, weil dies offenbar der Absicht des Geetzgebers widerspreche, der in der Miete kein „Recht an der Sache" sehe und demzufolge in der Ueberlassung des Mietbesitzes keine Verfügung im Sinne des § 893.

Eine Lehrmeinung, vertreten insbesondere von Raape [3]), sieht in dem Abschluß des Mietvertrages selbst keine Verfügung, wohl aber in der Gebrauchs- und Besitzüberlassung, da jede Besitzüberlassung eine Verfügung sei. Bereits Mitteis a. a. O. hat behauptet, in der Ueberlassung eines Grundstücks zur Miete liege eine Verfügung und schließt von da aus auf die dingliche Natur der Miete. Raape geht zur Begründung seiner Auffassung davon aus, daß der Grundstückseigentümer an dem Grundstück ein Gebrauchsrecht habe, auf das er durch die Besitz- und Gebrauchsüberlassung an einen anderen verzichte. Der Verlust dieses Rechtes sei eine Folge der Willenserklärung des Eigentümers. „Eine Willenserklärung aber, durch die jemand auf ein Recht verzichtet, ist eine Verfügung. Wer eine Gebrauchserlaubnis erteilt, verfügt folglich und zwar ist die Erlaubnis Verfügung nicht darüber was der Gegner gewinnt, sondern darüber, was der Erlaubende opfert." Ebenso wie die Immissionserlaubnis, durch die sich der Eigentümer des Rechts begibt, die Immission zu verbieten, eine Verfügung sei, sei es auch die Erlaubnis jedes anderen Gebrauchs und ebenso die Erlaubnis des Besitzes. Daher beruhe auch das Besitz- und Gebrauchsrecht des Mieters auf einer Verfügung.

Die herrschende Lehre verneint wegen des rein obligatorischen Charakters der Miete auch den Verfügungscharakter. Weder der Abschluß des Mietvertrages noch die Gebrauchs- und Besitzüberlassung an den Mieter oder beide zusammen fallen hiernach unter den Begriff der Verfügung [4]). Die Beweisführung von Mitteis a. a. O. über die analoge Anwendung des § 883 II lehnt das Reichsgericht ab, weil sich aus der sinngemäßen Anwendung des § 883 II keine Schlüsse auf die Auslegung des § 893 ziehen lassen. Die herrschende Meinung hält denn auch den § 893 auf den Fall der Vermietung mit Gebrauchsüberlassung nicht für anwendbar.

Die Lehrmeinung, die die dingliche Natur der Miete bejaht, ist m. E. abzulehnen. Als Gegenargumente sind die Ausführungen Cromes a. a. O. anzuerkennen. Wenn man die Miete als dingliches Recht

[1]) Zu diesem Ergebnis kommt auch Hellwig S. 428 ff; er leugnet jedoch nicht die Rechtsnatur der Miete als eines obligatorischen Rechtes. Er kommt zu seinem Ergebnis per argumentum a maiore ad minus da, wenn der Niessbraucher gemäß § 1056 mit Wirukng für den Eigentümer vermieten kann, dies doch sicher der als Eigentümer Eingetragene können müsse.

[2]) Fuchs, a. a. O. S. 172.

[3]) Raape, a. a. O. S. 97 ff.

[4]) RGZ. 106, 109.

ansähe, so würde das zu einer Verwischung der Grenzen zwischen den Gebieten des Sachenrechts und des Obligationsrechts führen. Die Zahl der dinglichen Rechte ist notwendig eine beschränkte, was in den Motiven zum ersten Entwurf des BGB. ausdrücklich bemerkt wird [1]). Auch die Bestimmung des § 571 BGB. beseitigt nicht die obligatorische Natur der Miete. Hier wird nur das praktisch Notwendige geregelt, daß der Erwerber beim freihändigen Verkauf anstelle des Vermieters kraft Gesetzes in die Miete einrückt. Aus § 571 kann viel eher gegen als auf ein dingliches Recht geschlossen werden, denn hiernach behält der Mietbesitzer trotz der Sukzession alle seine Rechte gegen den früheren Gegenkontrahenten.

Im Falle der Zwangsvollstreckung muß der Mieter, auch nachdem ihm das Grundstück zum Gebrauch überlassen ist, sich unter Umständen ohne Rücksicht auf den Ablauf der vertragsmäßigen Mietzeit die Kündigung gefallen lassen (§§ 57, 57a ZVG.). Auf dem Grundstück lastende dingliche Rechte hingegen kann der Ersteher nicht durch einseitige Willenserklärungen beseitigen.

Das BGB. macht ferner die Wirkung dinglicher Rechte gegen Dritte von gehöriger Verlautbarung im Grundbuch abhängig [2]). Wenn die Miete eine derartige dingliche Wirkung hätte entfalten sollen, dann hätte sicherlich auch eine entsprechende Regelung des Verhältnisses stattgefunden.

Auch durch die Besitzüberlassung an den Mieter entsteht kein dingliches Recht. Die Besitzaufgabe soll nicht das Recht des Dritten mit Publizität bekleiden gegenüber Dritten, sonst müßte es mit der Besitzaufgabe wieder verloren gehen. Die Besitzüberlassung soll gegenüber Dritten den untrüglichen Beweis liefern, daß der Mietvertrag schon vor der Veräußerung des Grundstücks bestand [3]) [4]).

Wäre die Miete ein dingliches Recht, so müßten Klagen aus dem Mietverhältnis gemäß §§ 25 ZPO. ausschließlich im forum rei sitae erhoben werden. Indessen steht gemäß § 26 ZPO. dem Mieter die Wahl frei.

Nach alledem kann von einer dinglichen Natur der Miete auf Grund der stattgefundenen Ueberlassung keine Rede sein. Dagegen sprechen ferner die von Mitteis selbst herangezogenen, zwischen Vermietung und Verfügung unterscheidenden Bestimmungen der §§ 1375 u. 1423 BGB., 2113 u. 2135, 1821 u. 1822 Ziff. 4 u. 5.

Auch die Lehrmeinung Raapes ist abzulehnen. So bestechend seine Begründung auch ist, so ist ihr doch nicht zu folgen, da man alsdann den Besitz als ein subjektives Recht anerkennen würde, denn nur dann ist die Besitzüberlassung eine Verfügung. v. Tuhr definiert den Besitz als „Rechtsverhältnis einer Person zu einer Sache, das durch den Willen des Subjekts modifiziert werden kann“ [5]). Daraus ist jedoch noch nicht

---

[1]) Mot. zum Entwurf eines BGB. 1888 Bd. III, S. 3.
[2]) Vgl. Crome, a. a. O.
[3]) Wegen der Anwendbarkeit des § 571 BGB.
[4]) Vgl. Crome a. a. O.
[5]) v. Tuhr, Allgem. Teil Bd. II, 1 S. 240.

zu folgern, daß der Besitz ein Recht ist. Zwar wird dem Besitzer eine Rechtsstellung eingeräumt, die in bestimmten Fällen gesetzliche Voraussetzung für Entstehung von Sachenrechten bildet. An den Besitz knüpfen sich ferner wichtige Rechtsvermutungen; er kann übertragen und veerbt werden, Gegenstand eines Vermächtnisses sein. Vor allem gewährt das Gesetz dem Besitz besonderen Schutz, der ihm in manchen Fällen die Bedeutung eines Rechts zukommen läßt. Insoweit ist der Besitz „ein sonstiges Recht" im Sinne des § 823 BGB., nicht aber ein dingliches Recht. Der Besitz ist nicht ein „Recht an der Sache" und zählt im BGB. nicht zu den Sachenrechten im technischen Sinne, weil er nur ein relatives, d. h. nicht jedermann gegenüber wirksames Recht an einer Sache ist [1]). Infolgedessen ist auch die Besitzübertragung keine Verfügung über die Sache.

Richtig ist m. E. vielmehr die herrschende, auch vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretene Ansicht, wonach die Miete ein obligatorisches Recht und weder die Vermietung noch die Besitzüberlassung eine Verfügung über das Grundstück ist [2]).

Für die obligatorische Natur der Miete spricht außer den oben ausgeführten Erwägungen noch die Tatsache, daß dem Mieter eine petitorische Klage fehlt gegen den, der ihn in der Ausübung seines Rechtes stört. Eine solche Klage ist hingegen für das Eigentum und die dinglichen Nutzungsrechte vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen. Wegen des petitorischen Schutzes verweist das Gesetz den Mieter ausschließlich auf seinen Vermieter (§ 545 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Der Mieter hat lediglich possessorischen Schutz (§§ 859, 861 ff. BGB.). Weder der § 892, noch der § 893 ist anwendbar für die Ueberlassung eines vermieteten Grundstücks durch den eingetragenen Nichteigentümer. Für die Rechte des Mieters sind in diesem Falle nicht die §§ 571 ff. BGB. maßgebend, sondern die §§ 535 ff., und nach diesen unterliegt es keinem Zweifel, daß der Mieter auch nach Ueberlassung der Mietsache nur Vertragsrechte gegen den Vermieter, nicht dagegen Rechte gegen den wahren Eigentümer erlangt. Denn die §§ 571 ff. sind auf andere Fälle des Eigentumserwerbs als dem durch freiwillige Veräußerung nicht auszudehnen.

Da die Vermietung des Grundstücks keine Verfügung über dieses im Sinne des § 893 BGB. darstellt, wirkt sie nicht gegen den Eigentümer des Grundstücks. Der Erbscheinerbe kann gemäß § 2367 BGB. den wirklichen Erben nie bloß schuldrechtlich verpflichten, so auch nicht durch den Abschluß eines Mietvertrages über ein Nachlaßgrundstück. Der wahre Eigentümer braucht also die Vermietung des Grundstücks an den Dritten nicht gegen sich gelten zu lassen, sondern kann auf Grund seines Eigentums von diesem Herausgabe der Mietsache, d. h. Räumung des Grundstücks verlangen.

Diese Lösung erscheint unbillig, wenn sowohl der Mieter als auch der vermietende Scheinerbe in Ansehung der Berechtigung des Ver-

[1]) Wolff, a. a. O. S. 10; a. M. RG. 83, 241, (im Gegensatz zu RGZ. 106, 111).

[2]) RGZ. 106, 109 ff.

mieters gutgläubig waren. Jedoch kann andererseits der wahre Eigentümer nicht damit noch belastet werden, daß er durch obligatorische Rechtsgeschäfte eines Nichtberechtigten gebunden wird.

Im übrigen ist die Rechtslage für den verdrängten Mieter insofern weniger ungünstig, als er gemäß § 541 BGB. Schadensersatzansprüche gegen den nichtberechtigten Vermieter hat. Nach dieser Bestimmung erstreckt sich die Haftung des Vermieters auch auf Mängel in seinem Recht. Es können nur solche Rechte Dritter an der Mietsache hier von Einfluß sein, die den Mieter wirklich stören, d. h. nur solche, welche ihm den vertragsmäßigen Gebrauch der vermieteten Sache ganz oder zum Teil entziehen. Weiter wird für den Anspruch des Mieters aus § 541 BGB. vorausgesetzt, daß der Dritte sein Recht auch wirklich geltend macht [1]). Die Schadensersatzpflicht des Vermieters ergibt sich aus § 538 BGB. Entscheidend für die Schadensersatzpflicht ist, daß das Recht des Dritten bereits beim Abschluß des Mietvertrages zwischen dem Scheineigentümer und dem Mieter vorhanden war. Der wahre Erbe und Eigentümer ist bereits bei Abschluß des Vertrages zwischen dem Scheinerben und dem Mieter Eigentümer der vermieteten Sache gewesen, so daß ein Schadensersatzanspruch des Mieters gegen den Vermieter gemäß § 538 BGB. gegeben ist, da dieser Anspruch ein Verschulden des Vermieters nicht voraussetzt.

Trotz dieses Anspruchs bleibt es unbillig, daß der Mieter zur sofortigen Räumung des gemieteten Grundstücks gezwungen werden kann, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist. Denn zwischen dem wahren Erben und dem Mieter besteht kein Mietverhältnis auf Grund dessen der Eigentümer an die Einhaltung einer Kündigungsfrist gebunden wäre. Er kann vielmehr auf Grund seiner Eigentumsansprüche sofortige Räumung verlangen, da das Gesetz eine anderweitige Regelung nicht getroffen hat.

Um diese Unbilligkeit zu umgehen, ist der Lösung Gschnitzers beizutreten [2]), wonach der Eigentümer an die Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist gebunden sein soll. Gschnitzer gelangt zu dieser Lösung unter analoger Anwendung des § 1056 BGB. Diese analoge Anwendung ist gerechtfertigt zunächst deshalb, weil das Mietrecht ein dem Nießbrauch ähnliches Recht ist, und weil insbesondere gemäß § 1056 Abs. 1 BGB. gewisse Vorschriften des Mietrechts entsprechende Anwendung auf das Nießbrauchsrecht finden. Vor allem aber entspricht diese analoge Anwendung der Billigkeit und kann auch auf die Vorschrift des § 2135 BGB. gestützt werden [3]).

[1]) Vgl. Staudinger zu § 541, Anm. II, 1.

[2]) Gschnitzer, Miete vom Nichtberechtigten. Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 123.

[3]) Dafür spricht auch die Interessenabwägung, das Interesse des Eigentümers wird dadurch nur unerheblich verletzt, wogegen dem verdrängten Mieter unter Umständen ein erheblicher Vorteil hierdurch entstehen kann.

Den Schutz der Mieterschutzgesetzgebung [1]) der Gegenwart genießt der Mieter jedoch nicht, denn für die Anwendung dieses Mieterschutzes wird in jedem Falle ein gültiges Vertragsverhältnis vorausgesetzt [2]). Ein solches besteht aber nicht zwischen dem Mieter vom Scheineigentümer und dem wirklichen Eigentümer. Dieser kann daher von dem Mieter nach den oben ausgeführten Grundsätzen die Räumung des Grundstücks verlangen.

## § 9.

### Die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung für einen Dritten durch den Scheineigentümer.

Bei Prüfung der Frage nach der Rechtswirksamkeit der Bewilligung einer Vormerkung bezüglich eines Rechtes an einem Nachlaßgrundstück durch den Scheinerben ist, ebenso wie bei der im vorigen Abschnitt behandelten Frage, von der Voraussetzung auszugehen, daß der Scheinerbe bereits als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist.

Auch hier ist zu untersuchen, ob die Bewilligung der Vormerkung eine Verfügung über das Grundstück im Sinne des § 893 BGB. darstellt.

Bei Entscheidung dieser Frage ist von dem Wesen der Vormerkung auszugehen.

Die Vormerkung soll einen privatrechtlichen, obligatorischen Anspruch vor den ihm anhaftenden Gefahren schützen, d. h. es soll verhütet werden, daß der Berechtigte bei Treulosigkeit des Gegners auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt bleibt. Bei der Vormerkung bleibt der obligatorische Anspruch immer die maßgebende Grundlage. Andererseits schafft die Vormerkung das dingliche Recht, auf dessen Begründung sie abzielt, weder bedingt noch unbedingt [3]). Man kann sie in diesem Sinne ein formelles Sicherungsmittel mit einer Art dinglicher Wirkung nennen [4]).

Die Vormerkung deckt lediglich einen Anspruch, ist also kein Recht im Sinne des III. Buches des BGB. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs deckt grundsätzlich nur dingliche Rechte und Verfügungsbeschränkungen, nicht Ansprüche. Gegen die Natur eines dinglichen

---

[1]) Der Mieter wird geschützt durch die Mieterschutzgesetzgebung der Gegenwart, die dem Mieter augenblicklich eine quasi dingliche Rechtsstellung gewährt. Daß Cosack diese Tatsache als Argument zur Begründung der von ihm verfochtenen dinglichen Natur der Miete ins Feld führt, ist unverständlich. Denn diese Regelung der Mieterschutzgesetzgebung ist doch offenbar nur vorübergehend und nimmt sicher keinen Einfluß auf die Rechtsnatur der Miete als solche, sondern ist lediglich eine aus der Not der Zeit geborene, vorübergehende Regelung zur Behebung der Wohnungsmangelfrage.

[2]) RGZ. Bd. 113, 159 ff.

[3]) Vgl. Staudinger, a. a. O. zu § 883.

[4]) So Reichel in Jherings Jahrb. Bd. 46, S. 145.

Rechtes spricht auch der § 48 ZVG. Hier werden ausdrücklich die Rechte, welche durch eine Vormerkung gesichert sind, neben die bedingt dinglichen Rechte gestellt. Diese Nebenordnung schließt eine Unterordnung aus. Der Vorgemerkte hat also einerseits mehr als einen persönlichen Anspruch, andererseits weniger als ein dingliches Recht. Dieses Mittelding nennt Enneccerus[1]) „Erwerbsberechtigung", Crome[2]) „Anwartschaft". Die Vormerkung begründet also eine Anwartschaft des vorgemerkten Anspruchsgläubigers auf die beanspruchte dingliche Rechtsänderung [3]) [4]).

Die Wirkung der Vormerkung ist eine Verfügungsbeschränkung gegen den Bewilligenden. Jede spätere Verfügung des Verpflichteten über das Grundstück ist dem Vorgemerkten gegenüber insoweit unwirksam, als sie den persönlichen Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, was natürlich nicht hindern kann, daß der verpflichtete Schuldner widersprechende Verfügungen vornimmt.

Die Vormerkung ist mit einem Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB. nahe verwandt, aber sie deckt sich doch nicht mit einem solchen. Sie wirkt bloß kraft Eintragung, das Veräußerungsverbot schon kraft Erlassung, wenigstens gegen jeden, der es kennt [5]). Die Zulassung der Vormerkung durch das Gesetz enthält insoweit eine Durchbrechung des im § 137 BGB. ausgesprochenen Grundsatzes, wonach die Verfügungsbefugnis über ein veräußerliches Recht nicht durch ein Rechtsgeschäft beschränkt werden kann [6]).

Bei der Streifrage, ob die Vormerkung als eine Verfügung anzusehen ist, kann es sich, wie aus dem allgemeinen Begriff der Verfügung zu entnehmen ist, nur um eine solche Vormerkung handeln, welche auf Grund der Bewilligung des Verpflichteten eingetragen wird. Diese Vormerkung aber wird als Verfügung anzusehen sein. Die mit ihr verbundenen Wirkungen sind: Beschränkung des Betroffenen in seiner Verfügungsmacht. Sie treten innerhalb der vom Gesetz gezogenen Schranken kraft des Willens der Beteiligten ein. Die unmittelbare Einwirkung der Vormerkung auf die Rechtsstellung der durch sie Betroffenen besteht in der Abschwächung seines Rechtes, in der Minderung seines rechtlichen Könnens. Hierin ist nach Ansicht des Reichsgerichts und der herrschenden Lehre eine Verfügung zu erblicken [7]). Der Vorgemerkte genießt demnach also den Schutz des § 893 [8]).

---

[1]) Enneccerus, Bürgerl. Recht § 147.
[2]) Crome, System Bd. III, S. 176.
[3]) Reichel, a. a. O.
[4]) Vgl. Rheinen: „Ist die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung?" Bonn 1929. Er sieht in der Vormerkung ein negatives Herrschaftsrecht. Er kennzeichnet sie als ein „dingliches Recht" wenn ihr Beziehungsgegenstand ein Recht an einem Grundstück oder ein Grundstücksrecht ist.
[5]) Vgl. Staudinger III, 1 zu § 883.
[6]) Vgl. Reichel, a. a. O.
[7]) Vgl. J. W. 1925, S. 1415; J. W. 1928, S. 499.
[8]) So RGZ. 90, 399; KG. in J. W. 1925, S. 1415; J. W. 1926, S. 2870; J. W. 1928, S. 499. So ferner Wolff, a. a. O. § 48. IV; Gierke, a. a. O. II, S. 338 ff. u. a.

Der vorgemerkte Anspruch bleibt an sich immer ein obligatorischer zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Vormerkungsgläubiger [1]).

Eine andere Lehrmeinung sieht die Bewilligung einer Vormerkung zwar auch als Verfügung an, nach ihrer Ansicht wird aber der durch die Eintragung der Vormerkung gesicherte obligatorische Anspruch zu einem bedingt dinglichen [2]). Dies schließt sie daraus, daß die Vormerkung den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zerstört. Doch ist nach Fuchs die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung noch nicht bedingtes Eigentum, sondern bloße bedingte Belastung.

Nach einer anderen Ansicht [3]) wirkt die Vormerkung je nach dem Inhalt des Anspruchs wie eine aufschiebend bedingte Uebereignung, Belastung etc. Die Vormerkung bringt die Rechtsänderung, auf die der gesicherte Anspruch abzielt, noch nicht zustande, sondern die Rechte werden durch die Eintragung der Vormerkung nur aufschiebend bedingt begründet. Die gesicherte Forderung wird jedoch nach dieser Lehrmeinung durch die Vormerkung nicht zu einem dinglichen Rechte.

Ein dingliches Recht hingegen wird angenommen von Cosack und Hellwig [4]). Nach ihnen ist die Vormerkung ein dingliches Sicherungsrecht eigener Art, das zu dem zu sichernden Anspruch in streng akzessorischer Weise hinzutritt.

Die Vertreter aller dieser Lehrmeinungen sehen folgerichtig in der Eintragung einer Vormerkung eine Verfügung. Der Vorgemerkte wird jdoch hiernach geschützt gemäß § 892, nicht gemäß § 893 BGB.

Eine weitere Lehrmeinung betont den obligatorischen Charakter der Vormerkung derart, daß sie auch in der Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung eine Verfügung über das Grundstück im Sinne des § 893 nicht erblickt [5]). „Unzweifelhaft stellt die Begründung des durch die Vormerkung zu sichernden Anspruchs keine Verfügung dar, denn dieser Anspruch ist ein rein obligatorischer. Da nun die Vormerkung ganz darin aufgeht, die Verwirklichung dieses Anspruchs zu sichern und keinerlei Selbständigkeit ihm gegenüber besitzt, so erscheint es richtig, ihr auch an dieser Stelle keine selbständige Bedeutung beizulegen, d. h. sie nicht im Gegensatz zur Qualifizierung des Anspruchs als Verfügung zu charakterisieren“ [6]).

Aehnlich argumentiert v. Tuhr. Erst dadurch, daß der Schuldner in Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs eine Auflassung vornimmt,

[1]) Vgl. Staudinger zu § 833.
[2]) Fuchs, a. a. O. Bem. 8, S. 109 ff.
[3]) Jaeger, Konkursordnung, 5. Aufl. zu § 24, Anm. 2 u. 3.
[4]) Cosack, a. a. O. § 177, IV; Hellwig, a. a. O. S. 254.
[5]) So v. Tuhr, Allg. Teil II, 1, S. 254; Biermann: Widerspruch und Vormerkung, S. 192; Philippsen: Die Vormerkung nach BGB. 1903.
[6]) so Biermann, a. a. O.

verfüge der Schuldner über das Eigentum am Grundstück. Durch die Bewilligung der Vormerkung habe der Schuldner noch nicht über das zu übertragende Recht verfügt, sondern nur seine Verpflichtung zur Uebertragung sichergestellt. Das Recht der Vorgemerkten bleibe also eine gewöhnliche Forderung, die nur infolge der gegen den Dritterwerber durch § 888 BGB. ermöglichten Klage auf Zustimmung zur Verwirklichung des Anspruchs auf Herstellung des Grundbuchrechts eine gewisse Verstärkung erhalte, ohne daß aber durch die Eintragung der Vormerkung der Rechtszustand bereits endgültig verändert werde.

Auch der Kommentar von Reichsgerichtsräten sieht in der Bewilligung einer Vormerkung keine Verfügung. Er erkennt mit der herrschenden Lehre an, daß die Vormerkung kein dingliches Recht an einem Grundstück sei. Sie sei aber auch nicht ausschließlich ein Recht auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse, sondern sie enthalte Kriterien sowohl eines dinglichen als auch eines rein obligatorischen Rechtes. Ueberwiegend sei ihre rechtliche Natur nach letzterer Richtung. Sie unterstehe daher im allgemeinen dem Recht der Schuldverhältnisse. Insoweit stimmt der Kommentar überein mit der herrschenden Lehre. Jedoch stellt er den Vorgemerkten hinsichtlich dessen, was er durch Eintragung der Vormerkung erlangt hat, unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs weder nach § 892 noch nach § 893. Der Schutz des § 892 sei ausgeschlossen, weil die Vormerkung kein dingliches Recht am Grundstück sei. Zur Anwendung des § 893 fehle es, auch wenn eine Eintragungsbewilligung des passiv Beteiligten vorliegt, an dem Erfordernisse, daß über das Recht, welches die Vormerkung betrifft, eine Verfügung getroffen wird. „Denn durch die Vormerkung wird eine unmittelbare Rechtsänderung nicht herbeigeführt, sondern der Eintritt einer Rechtsänderung nur vorbereitet und nach gewissen Richtungen hin gesichert“ [1]).

Nach diesen Lehrmeinungen kann also der Vorgemerkte, wenn der die Vormerkung Bewilligende zwar eingetragener, aber nicht wirklicher Eigentümer oder Berechtigter ist, sich nicht gegenüber dem wahren Eigentümer auf den Inhalt des Grundbuchs berufen, auch wenn ihm die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht bekannt gewesen ist.

Bei der kritischen Betrachtung dieser Lehrmeinung ist davon auszugehen, daß die Vormerkung einen obligatorischen Anspruch gegen Vereitelung oder Beeinträchtigung durch den Verpflichteten sichern soll. Insofern zerstört die Vormerkung den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Der durch die Vormerkung gesicherte obligatorische Anspruch wird aber trotzdem hierdurch nicht zu einem bedingt dinglichen, wie Fuchs und ähnlich Jaeger annehmen. Die Vorschrift des § 24 KO. spricht nicht für ein dingliches Recht, denn hier erhält die Vormerkung nur ausnahmsweise die Kraft des durch sie gesicherten Rechts. Auch das Reichsgericht betont in ständiger Rechtsprechung, daß die Vormerkung kein dingliches Recht an einem Grundstück sei [2]).

---

[1]) RGRKomm. zu § 883 BGB.
[2]) Vgl. RGZ. 65, 261; 81, 288; 83, 437.

Daß dem Vorgemerkten kein dingliches, weder bedingtes noch unbedingtes Recht zusteht, zeigt sich darin, daß der Gegenstand seiner Forderung ihm nicht ipso iure zufällt, sondern nach wie vor der Vormerkung, durch eine Veräußerungshandlung des bisher Berechtigten. Entgegensteht auch § 886 BGB. [1]). Denn wenn die Vormerkung aus dem persönlichen Anspruch ein dingliches Recht machte, so wäre dieser Anspruch mit der Eintragung der Vormerkung erfüllt. Gegen einen erfüllten Anspruch kann aber keine Einrede geltend gemacht werden, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen ist. Die Vormerkung ist aber auch kein das Grundstück belastendes Sicherungsrecht, wie Cosack und Hellwig konstruieren. Gegen sie spricht der § 885 Abs. 2, der überflüssig wäre, wenn die Vormerkung ein dingliches Recht wäre, da alsdann das hier bestimmte schon nach § 874 gelten würde. Die Aufnahme des Abs. 2 erschien aber der zweiten Kommission erforderlich, weil die Vormerkung sich nicht als Belastung des Grundstücks charakterisiere [2]).

Sie ähnelt auch nicht einem ius ad rem wie Gierke und Dernburg meinen [3]), denn alsdann müßte der gegen den Verpflichteten gerichtete Anspruch auch gegen Dritte geltend gemacht werden können. Man wird die Vormerkung am zweckmäßigsten mit Crome als ein Anwartschaftsrecht auf ein dingliches Recht bezeichnen. An der Natur eines nur obligatorischen Anspruchs ist also festzuhalten.

Es muß ferner mit Reichs- und Kammergericht und der herrschenden Lehre an der Verfügungsnatur der Bewilligung einer Vormerkung festgehalten werden [4]). v. Tuhr und die anderen Vertreter seiner Lehrmeinung gehen zu weit, wenn sie der Bewilligung einer Vormerkung jeden Verfügungscharakter absprechen. Sie geben zu, daß die Bewilligung einer Vormerkung einer Verfügung nahestehe, versagen jedoch den Schutz des öffentlichen Glaubens, da eine entsprechende Anwendung der §§ 892, 893 nicht angängig sei.

Die Vormerkung sichert zwar nur Ansprüche auf Aenderung der dinglichen Rechtslage eines Grundstücks, aber trotzdem liegt in der durch die Vormerkung geschaffenen Lage eine maßgebliche Veränderung des Rechtes am Grundstück. Durch sie wird der öffentliche Glaube des Grundbuchs endgültig zerstört und sie beraubt jeden Dritten des Vertrauens auf das Grundbuch, indem sie demDritterwerber verdeutlicht, daß er unter Umständen einem demnächst Berechtigten Platz machen müsse. Der Grundbuchvermerk hat also eine dingliche Bindung des Grundstücks zur Folge. Die Vormerkung beschränkt allerdings nicht den bisherigen Grundstückseigentümer in seiner Verfügungsmacht, so daß er keine weiteren Verfügungen treffen könnte. Es wird durch die Vormerkung keine Grundstückssperre herbeigeführt. Vielmehr muß der

---

[1]) Biermann, Sachenrecht S. 89.

[2]) Prot. IV, S. 586.

[3]) Gierke, a. a. O. S. 338; Dernburg: Das bürgerliche Recht, Bd. III, 1908, § 63, S. 220.

[4]) Außer den oben Zitierten vgl. auch Ungewitter in Gruch. Beitr. Bd. 48, S. 157 ff.

Grundbuchrichter jede weitere Verfügung des noch eingetragenen Berechtigten selbst dann in das Grundbuch eintragen, wenn sie gegen den vorgemerkten Anspruch verstößt [1]). Die Vormerkung bildet demnach keine Ausnahme vom Grundsatz des § 137, wonach niemanden die Verfügungsmacht über sein Eigentum mit absoluter Wirkung gegen jedermann genommen werden kann.

Aus dem bisher unbeschränkten Eigentumsrecht scheidet aber infolge der Eintragung der Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung mit dinglicher Wirkung die Befugnis aus, über das Grundstück in einer gegen den gesicherten Anspruch verstoßenden Weise mit Rechtswirkung gegen den Vorgemerkten zu verfügen. Gibt aber das Eigentum an einem mit einer Vormerkung belasteten Grundstück nicht mehr die gleiche rechtliche Macht wie das Eigentum an dem durch eine Vormerkung nicht gebundenen Grundstücke, so enthält die mit der Eintragung der Vormerkung eintretende Beschränkung der an sich im Eigentum enthaltenen Machtbefugnis auch eine Aenderung hinsichtlich des Eigentumsrechts und damit auch eine Verfügung im Sinne des § 893 BGB. Die unmittelbare Einwirkung der Vormerkung auf die Rechtsstellung des durch sie Betroffenen besteht gerade in der Abschwächung seines Rechtes, in der Minderung seines rechtlichen Könnens [2]).

Die Anwendbarkeit des § 893 setzt aber voraus, daß es sich um eine freiwillig eingeräumte Vormerkung handelt im Gegensatz zu der auf Grund einstweiliger Verfügung Eingetragenen [3]), da der Schutz des redlichen Erwerbers nach dem Grundsatz des Rechtsscheins rechtsgeschäftlichen Erwerb voraussetzt.

Hat der im Grundbuch eingetragene Scheinerbe freiwillig einem Dritten eine Vormerkung an einem Nachlaßgrundstück bewilligt, so muß der wahre Erbe diese Verfügung des Nichteigentümers gegen sich gelten lassen. Der Dritte kann sich gemäß § 893 BGB. auf seinen guten Glauben berufen.

## § 10.

### Die Ansprüche des wahren Erben gegen den Dritten, mit dem der Zeugniserbe Rechtsgeschäfte an Nachlaßgrundstücken abgeschlossen hat.

Der wahre Erbe hat gemäß § 2018 BGB. den Erbschaftsanspruch gegen den Erbschaftsbesitzer. Dieser Anspruch richtet sich gegen denjenigen, der fälschlich behauptet, Erbe zu sein, und daraufhin Besitz von der Erbschaft ergriffen hat, sowie gemäß § 2030 BGB. gegen den-

[1]) Recht 1924, Nr. 176.
[2]) Staudinger III, 1 zu § 883.
[3]) Wolff, § 48, IV; a. M. Fuchs, a. a. O. S. 11. Anm. β, der auch auf Erwerb eines Rechtes am Grundstück kraft Gesetzes ausdehnt.

jenigen, der die Erbschaft durch Vertrag von dem Erbschaftsbesitzer erlangt hat. Nicht richtet sich der Anspruch gegen denjenigen, der gutgläubig von dem Scheinerben einen Erbschaftsgegenstand oder ein Recht an einem solchen erlangt hat. Mithin hat der wahre Erbe keine Ansprüche gegen den Dritten, der gemäß §§ 892, 893 und 2366, 2367 BGB. rechtswirksam von dem Pseudoerben erworben hat, also nach dem oben Ausgeführten auch nicht gegen denjenigen, zu dessen Gunsten der Scheinerbe eine Vormerkung auf einem Nachlaßgrundstück hat eintragen lassen.

Dagegen hat der wahre Erbe Ansprüche gegen den Dritten auf Räumung des ihm vom Scheinerben vermieteten Grundstücks, da diese Vermietung dem wahren Erben gegenüber keine Rechtswirksamkeit entfaltet, weil der Mieter nicht gemäß § 893 geschützt wird. Der Eigentümer kann also Herausgabe der Mietsache, d. h. Räumung des Grundstücks verlangen gemäß § 985 BGB. Er kann die Herausgabe nicht verlangen mit dem Erbschaftsanspruch aus § 2018, da dieser sich gegen denjenigen richtet, der fälschlich Erbe zu sein behauptet und daraufhin Besitz von der Erbschaft ergriffen hat. Gegen solche Besitzer von Erbschaftssachen, die nicht Erbe zu sein behaupten, gibt es nur die Eigentums- und Besitzklage.

Der durch die Vormerkung betroffene Erbe kann nicht etwa die Vormerkung von dem Vorgemerkten kondizieren gemäß § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB., weil die Vormerkung von dem nichtberechtigten Scheinerben unentgeltlich erlangt sei. Wäre dies möglich, dann wäre der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, den die Vormerkung genießt, illusorisch, da die Vormerkung als solche regelmäßig unentgeltlich erlangt wird, und in diesem Falle der Betroffene sie jedesmal nach § 816 Abs. 1 Satz 2 kondizieren könnte. Die Voraussetzungen des § 816 Abs. 1 Satz 2 sind insofern gegeben, als der Vorgemerkte durch die Verfügung des nichtberechtigten Scheinerben die gemäß § 893 dem berechtigten Erben gegenüber wirksam ist, einen rechtlichen Vorteil erlangt. Denn auch die Erlangung eines Anwartschaftsrechtes ist als rechtlicher Vorteil anzusehen, insbesondere ist die wirtschaftliche Besserstellung entscheidend. Das Vorliegen einer solchen ist im gegebenen Fale zu bejahen, denn durch die Vormerkung als dinglicher Sicherung seines Anspruchs ist der Dritte wirtschaftlich bessergestellt, als durch den bloßen Anspruch, da sein Recht jetzt nicht mehr vereitelt oder beeinträchtigt werden kann.

Zweifelhaft ist dagegen, ob die Verfügung des Scheinerben unentgeltlich erfolgt ist. Die Vormerkung selbst ist zwar unentgeltlich, d. h. ohne Gegenleistung eingetragen worden. Jedoch ist daraus noch nicht zu schließen, daß die Verfügung unentgeltlich erfolgt sei. Die Gegenleistung ist vielmehr m. E. in der Gegenleistung für die Erfüllung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs zu erblicken. Denn derjenige, der einen vormerkbaren Anspruch hat, hat ohne weiteres ein Recht auf Vormerkung.

## § 11.

### Die Ansprüche des wahren Erben gegen den Scheinerben, unter besonderer Berücksichtigung des Falles, daß der Scheinerbe eine Hypothek auf einem Nachlaßgrundstück hat eintragen lassen.

Eine besondere Vorschrift über die Ansprüche, die der wahre Erbe gegen den Scheinerben, der wirklich Berechtigte gegen denjenigen hat, der fälschlich als solcher im Grundbuch eingetragen ist, finden wir weder in den §§ 2366, 2367 noch in den §§ 892, 893 BGB., aus dem einfachen Grunde, weil der Verletzte seine Ansprüche nach den allgemeinen Vorschriften des Gesetzbuchs geltend machen kann.

Ist es erwiesen, daß der Erbschein unrichtig war, dann kann der wahre Erbe von dem Scheinerben nach §§ 2018 u. 2019 BGB. verlangen, daß er ihm das, was er auf Grund des Erbscheins durch seine Verfügung oder die Leistung des Dritten erlangt hat, herausgebe. Hat der Scheinerbe den Erbschein vorsätzlich oder fahrlässig und widerrechtlich erworben, dann kann der wahre Erbe nach § 823 BGB. Schadensersatz von demselben fordern. Außerdem steht ihm noch nach § 816 der Anspruch zu, von dem Scheinerben dasjenige herauszuverlangen, was er erlangt hat oder was ihm geleistet worden ist. Hat dieser unentgeltlich verfügt, so ist der dadurch begünstigte Dritte nach derselben Vorschrift verpflichtet, die Bereicherung dem wahren Erben herauszugeben.

Der maßgebende Gedanke der Erbschaftsansprüche gegen den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer ist, daß der gutgläubige Scheinerbe durch die Erbschaftsansprüche in seiner Rechtsstellung weder verbessert noch verschlechtert werden soll. Der Scheinerbe darf die Erbschaftsgegenstände, die er ahnungslos besitzt, wie eigene behandeln. Er haftet auch nicht für Verschulden.

Inhalt des Erbschaftsanspruchs ist die Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten, also normalerweise Herausgabe des ganzen Nachlasses, den der Scheinerbe in Besitz genommen hatte. Der Anspruch ist teils dinglich, bei den Sachen an denen der Erblasser ein dingliches Recht oder Besitz hatte und deren Surrogaten gemäß § 2019 BGB. Teils ist er obligatorisch, z. B. bezüglich des Ersatzes für Sachen, die durch wirksame Verfügung des Erbschaftsbesitzers aus der Erbschaft herausgekommen sind. Hierfür gelten die Regeln über den Ersatz ungerechtfertigter Bereicherung (§ 2021 BGB.).

Hat der Scheinerbe auf einem Nachlaßgrundstück eine Hypothek zu Gunsten eines Dritten bewilligt, dann bleibt diese Hypothek als dingliche Belastung des Grundstücks bestehen und belastet insoweit den wahren Erben und den Eigentümer des Grundstücks [1]). Nicht geht

[1]) Bei dieser Untersuchung wird davon ausgegangen, daß der Scheinerbe die von dem Dritten erhaltene Leistung, für die er als Gegenleistung die Hypothek hat eintragen lassen, in einer anderen Form dem Nachlasse wieder zugeführt hat, sodaß der Nachlaß durch die Hypothek bei der Uebernahme durch den wahren Erben nicht geschmälert ist.

jedoch die persönliche Forderung, die der Hypothek zugrunde liegt, die gegen den Scheineigentümer begründet war, ipso iure auf den wahren Eigentümer über. Dieses kann nur im Falle einer gesetzlichen Schuldübernahme geschehen, die aber in dem hier behandelten Falle nicht vorliegt.

Diese Rechtslage steht aber nicht im Einklang mit der Tendenz, die dem Erbschaftsanspruch zugrunde liegt, nach der der gutgläubige Erbschaftsbesitzer durch die Aufgabe seines Besitzes in seiner Rechtsstellung weder verbessert noch verschlechtert werden soll. Hier liegt aber eine Verschlechterung seiner Rechtsstellung vor, denn der Scheinerbe ist mit einer Schuld belastet, für welche die Gegenleistung nicht ihm, sondern dem wahren Eigentümer zusammen mit dem Nachlaß zugeflossen ist.

Es ist daher nach Rechtsbehelfen zu suchen, die dem Scheineigentümer die Möglichkeit geben, sich von der ihn zu Unrecht belastenden Schuld auf Kosten des Eigentümers zu befreien. Es bieten sich hierzu verschiedene Möglichkeiten, die im folgenden auf ihre Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit zu untersuchen sind.

Zunächst ist zu prüfen, ob der Scheinerbe einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Erben hat, da dieser als Eigentümer des Nachlasses ohne rechtlichen Grund von der persönlichen Hypothekenschuld befreit ist. Der Anspruch, den hieraus der Scheinerbe gegen den Erben herleiten könnte, kann nur der Liberationsanspruch aus § 812 BGB. sein, abzielend auf Befreiung des Scheinerben von der persönlichen Schuld.

Ein Liberationsanspruch entsteht aus ungerechtfertigter Bereicherung. Der Scheinerbe hat sine causa eine Verpflichtung übernommen, die eigentlich dem Erben als dem Eigentümer des Nachlasses zur Last fallen müßte. Dieser ist also auf Kosten des Scheinerben ungerechtfertigt bereichert. Die von der herrschenden Lehre geforderte Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung liegt auch vor. Denn von einer Vermögensverschiebung, d. h. von einem Vermögensverlust auf seiten des Scheinerben und einem Erwerb auf seiten des Erben kann auch in dem hier behandelten Fall gesprochen werden, obgleich in dem Aktivbestand des Vermögens des Scheinerben eine Verminderung noch nicht eingetreten ist [1]).

Die Entwertung eines Vermögens besteht normalerweise in der sofort eintretenden Vermögensminderung. Der Geschädigte kann hierfür Ausgleichung verlangen, in der Regel in Form eines Geldanspruchs. Der Scheinerbe hat eine condictio gegen den wahren Erben. Diese kann, solange der Scheinerbe nur obligatorisch verpflichtet ist, und noch nicht gezahlt hat, nur auf Befreiung von seiner Schuld gerichtet sein. Ersatz kann er naturgemäß nicht verlangen. Sein Vermögen ist durch die auf ihm lastende Schuld zwar auch vermindert — das zeigt sich sobald er die Bilanz aufstellt — aber die Verminderung ist nicht definitiv eingetreten; der Aktivbestand seines Vermögens ist noch unversehrt,

[1]) Vgl. hierzu v. Tuhr: Actio de in rem verso S. 88.

nur durch die Schuld gefährdet. Die Gefährdung kann auch ohne definitiven Verlust vorübergehen, wenn die Schuld erlischt oder der Liberationspflichtige zahlt. [2])

Der Liberationsanspruch kann daher nur als Mittel zur Abwendung eines drohenden Verlustes dienen. Der Liberationsanspruch verwandelt sich in einen Ersatzanspruch sobald der Scheinerbe selbst die Schuld bezahlt. Der Erbe kann den Scheinerben schadlos halten entweder durch Schuldübernahme, wozu es aber der Zustimmung des Hypothekengläubigers bedarf, die nicht erzwungen werden kann, oder durch „Deckung" [1]), d. h. der Erbe gibt dem Scheinerben Werte mit der Bestimmung, daß dieser sie zur Bezahlung der Schuld an den Hypothekengläubiger verwenden soll. Diese Deckung wird, da sie den Scheinerben unabhängig von dem Hypothekengläubiger schadlos hält, am zweckmäßigsten zu wählen sein.

Eine andere Möglichkeit der Schadloshaltung des Scheinerben ist, ihm den Anspruch aus § 2022 BGB. auf Ersatz von Verwendugen auf einen Erbschaftsgegenstand zu geben. Voraussetzung hierfür ist, daß die Belastung des Scheinerben mit der persönlichen Hypothekenschuld als Verwendung auf die Erbschaft im Sinne des § 2022 BGB. angesehen wird.

Der Begriff der Verwendungen ist vom Gesetz selbst nicht definiert. Es sind die Ausgaben gemeint, die im Interesse der herauszugebenden Gegenstände gemacht wurden, deren wirtschaftlicher Erfolg also dem Erben, dem die Gegenstände herauszugeben sind, zugute kommt [2]). Der Begriff der Verwendung ist extensiv zu interpretieren [3]). Der Scheinerbe kann also alle Verwendungen, auch wenn sie überflüssig waren, in Rechnung stellen (§§ 994, 996 BGB.). Die Uebernahme der persönlichen Hypothekenschuld im Interesse der Erbschaft durch den Scheinerben ist m. E. auch unter den Begriff der Verwendungen zu fassen. Nach Ansicht des Reichsgerichts ist die Aufwendung „eine auf freiem Willen beruhende Auslage und Aufopferung von Werten zur Erreichung eines gewissen Zweckes" [4]). Die Aufwendung verlangt also ein Vermögensopfer.

Das Vermögen kann gemindert werden durch Abnahme der Aktiva oder durch Zunahme der Passiva [5]). Man kann also ein Vermögensopfer bringen ohne den Aktivbestand seines eigenen Vermögens anzugreifen. Dieser Vermögensverlust unterscheidet sich von dem durch Minderung des Aktivbestandes dadurch, daß er erst zur praktischen Geltung kommt, wenn die Schuld zu zahlen ist, und daß der Verlust kein definitiver ist, da die Schuld untergehen kann. Das Vermögen wird nicht geschädigt, sondern gefährdet.

---

[2]) Vgl. v. Tuhr, a. a. O.
[1]) v. Tuhr, a. a. O.
[2]) Staudinger V, zu § 2022.
[3]) Planck, a. a. O. zu § 2022.
[4]) RG. in J. W. 1910, S. 803 Ziff. 11.
[5]) v. Tuhr a. a. O. S. 46.

Die Uebernahme der Gefährdung des Vermögens des Scheinerben durch die Forderung des Hypothekengläubigers gegen ihn ist also als Verwendung auf den Erbschaftsgegenstand anzusehen. Ihm stehen demgemäß die Ansprüche aus § 2022 zu, wonach er Ersatzansprüche für die Verwendungen hat. Es wäre jedoch unbillig, wenn man dem Scheinerben, der noch nicht bezahlt hat, einen Anspruch auf den Geldbetrag der eingegangenen Verpflichtung gewähren würde. Er würde alsdann mehr erhalten, als er aufgewendet hat, er würde eine gegenwärtige Einnahme gegen eine zukünftige Ausgabe eintauschen. Im übrigen ist auch ungewiß, ob der Hypothekengläubiger ihn überhaupt in Anspruch nehmen wird, ob er nicht vielmehr sofort Befriedigung aus dem Grundstück suchen wird. Die Ansprüche des Scheinerben sind daher auf die des § 257 BGB. zu beschränken, d. h. er hat gegen den Erben den Liberationsanspruch, den er auf die oben bezeichnete Art erfüllen kann. Der Erbe kann statt dessen dem Scheinerben auch Sicherheit leisten nach den Bestimmungen der §§ 232 ff. BGB. Ersatz kann der Scheinerbe von dem Erben verlangen für etwa bereits gezahlte Hypothekenzinsen.

Auf Grund der §§ 812 und 2022 ist im Innenverhältnis zwischen dem Erben und dem Scheinerben der Erbe zur Zahlung der Hypothekenschuld verpflichtet. Macht der Scheinerbe von seinem Liberationsanspruch keinen Gebrauch, so ist er insofern geschützt, als nach § 1164 BGB. die Hypothekenforderung des Hypothekengläubigers auf ihn übergeht, falls er von diesem in Anspruch genommen wird. Der § 1164 setzt voraus, daß zwischen Eigentümer und persönlichem Schuldner ein Rechtsverhältnis obwaltet, kraft dessen der persönliche Schuldner von dem Eigentümer Ersatz verlangen kann. Diese Grundlagen bilden die Ansprüche des Scheinerben gegen den Erben aus §§ 812 und 2022. Diese Ansprüche bilden zugleich die schuldrechtliche Grundlage für die von dem Scheinerben alsdann erworbene Hypothek. Der Scheinerbe kann sich alsdann auf Grund der Hypothek aus dem für sie haftenden Grundstück befriedigen.

Eines besonderen Rechtsgeschäftes des Erben zwecks Schadloshaltung des Scheinerben bedarf es nicht, wenn man annimmt, daß der Scheinerbe Miteigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks geworden ist, und zwar im Verhältnis der Höhe der Hypothekenschuld zum Gesamtwert des Hauses. Hierbei ist jedoch auszugehen von dem Fall, daß der Scheinerbe das Grundstück mit Mitteln der Erbschaft erlangt hat, und zwar derart, daß die Hypothek zugunsten des Verkäufers des Grundstücks bestellt ist für die nach Abzug des aus der Erbschaft Geleisteten verbleibende Restkaufpreisforderung. Das Grundstück ist somit gemäß § 2019 BGB. als Surrogat in die Erbschaft gefallen. „Hat der Erbschaftsbesitzer den Gegenstand nur teilweise mit Erbschaftsmitteln und teilweise mit eigenen Mitteln erworben, so entsteht nach Verhältnis dieser und jener Mittel zwischen dem Erben und dem Erbschaftsbesitzer Miteigentum“ [1]).

[1]) Vgl. Staudinger, a. a. O. zu § 2019; Endemann, a. a. O. S. 537; RGRKomm. zu § 2019.

Der § 2019 ist also dahingehend zu interpretieren, daß ein Gegenstand als Surrogat in die Erbschaft fällt nur insoweit, als er mit Mitteln der Erbschaft erlangt ist. Zur Annahme des Mieteigentums des Scheinerben in dem unterstellten Falle ist Voraussetzung, daß man die Belastung des Scheinerben mit der Hypothekenschuld als Verwendung eigener Mittel ansieht.

Eine solche Annahme des Entstehens von Miteigentum des Scheinerben an dem Grundstück ist jedoch m. E. unbedingt abzulehnen. Zunächst aus dem rechtlichen Grunde, daß die Belastung des Scheinerben mit der Hypothekenschuld keine Verwendung „eigener Mittel" zum Erwerbe des Grundstücks darstellt. Der Ausdruck „Mittel" ist rein wirtschaftlich zu fassen. Mittel ist alles, was die Substanz mindert [2]). Es muß sich hier also um eine effektive Verminderung der Vermögenssubstanz handeln, d. h. um eine Minderung des Aktivums. Eine solche Minderung liegt aber bei dem Scheinerben nicht vor, da sein Vermögen durch die Schuld nur gefährdet wird. Es fehlt also hier das für das Entstehen von Miteigentum wesentliche Erfordernis der Aufwendung eigener „Mittel" seitens des Scheinerben.

Insbesondere ist das Entstehen von Miteigentum des Scheinerben aus rechtspolitischen Erwägungen abzulehnen. Zunächst aus dem Grunde, weil dieser alsdann Ersatz bekommen würde für Verwendungen, die er noch gar nicht gemacht hat. Die Verwendung, die er gemacht hat, besteht lediglich in der Belastung mit der Schuld. Wenn der Scheinerbe Miteigentümer würde, so würde er dadurch so entschädigt werden, als wenn er die Hypothekenschuld bereits effektiv bezahlt hätte. Er würde also mehr erhalten, als er tatsächlich aufgewendet hat, insbesondere wo es ungewiß ist, ob er überhaupt von dem Hypothekengläubiger in Anspruch genommen werden oder sich dieser nicht, wie es gewöhnlich geschieht, wegen der Hypothekenforderung an den Eigentümer halten wird.

Ein weiterer Grund für die Ablehnung ist, daß die Folgen, die aus dem Miteigentum des Scheinerben sowohl für diesen als auch für den Erben entstehen können, unvereinbar sind mit der Tendenz, die der Erbschaftsanspruch gegen den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer verfolgt, dessen Rechtsstellung weder verbessert noch verschlechtert werden soll. Es kann zunächst dem Willen des Scheinerben widersprechen Miteigentümer zu werden, zumal wenn hohe Lasten auf dem Grundstück ruhen, an denen er als Miteigentümer teilhaben muß. Weiter ist es fraglich, ob sein Anteil an etwaigen Erträgen des Hauses ausreichen wird, die Hypothekenzinsen, die er nunmehr nicht mehr von dem Erben zurückverlangen könnte, zu decken. Im übrigen wird seine Rechtsstellung verschlechtert schon insofern, als er nunmehr nicht nur persönlich für die Hypothekenschuld, sondern seiner Eigentumsquote entsprechend auch dinglich dafür haften muß. Da er sich in einer Gemeinschaft des BGB. mit dem Erben befinden würde, könnte sowohl er als auch dieser gemäß

[2]) Thiele, Studium zum ehelichen Güterrecht, im Arch. f. civ. Prax. Bd. 9, S. 1 ff.

§ 749 Abs. 1 BGB. diese zwar jederzeit lösen und gemäß § 180 ZVG. die Versteigerung des Hauses verlangen. Aber gerade hierin liegt eine Gefahr für ihn. Denn die persönliche Hypothekenschuld lastet weiter auf ihm. Es ist jedoch fraglich, ob in der Versteigerung für das Grundstück ein solcher Erlös erzielt wird, daß der Anteil des Scheinerben den Betrag der Hypothekenschuld erreicht oder sogar übersteigt. Es ist nach der Erfahrung des täglichen Lebens anzunehmen, daß ein solcher Erlös in der Zwangsversteigerung nicht erzielt werden wird. Das Ergebnis wäre dann, daß der Scheinerbe den an der Hypothekensumme fehlenden Betrag — abgesehen sei hier noch von sonstigen Verwendungen wie Hypothekenzinsen etc. — aus eigenen Mitteln zur Tilgung der Hypothekenschuld hinzutun müßte. Ein solches Ergebnis kann aber auf keinen Fall der Sinn der gesetzlichen Regelung sein. Andererseits würde der Erbe in seinen Rechten dadurch wesentlich beschränkt und würde durch die Zwangsversteigerung des Grundstücks eventuell auch Schaden erleiden.

Will dagegen der Scheinerbe die Gemeinschaft nicht auflösen, sondern Miteigentümer bleiben, so liegt hierin eine unbillige Beschränkung des Erben, da dieser alsdann keine andere Möglichkeit hat, sich von dem Miteigentümer zu befreien als durch Auflösung der Gemeinschaft und Zwangsversteigerung. Diese würde dann wieder die oben angeführten Gefahren mit sich bringen.

Aus allen diesen Erwägungen geht hervor, daß rechtspolitisch das Entstehen von Miteigentum nicht zu rechtfertigen sein würde, selbst wenn man bejahte, daß der Scheinerbe eigene „Mittel" aufgewendet hat.

Auch die eine der oben geschilderten Lösungen [1]), wonach der Scheinerbe gemäß § 1164 BGB. nach Befriedigung des Hypothekengläubigers die Hypothek erwerben und sich alsdann schadlos halten kann, führt zu keinem befriedigenden Ergebnis. Denn wenn der Scheinerbe keine Barmittel zur Befriedigung des Hypothekengläubigers zur Verfügung hat, dieser aber auf Befriedigung drängt, dann kann er gegen den Scheinerben in dessen Privatvermögen die Zwangsvollstreckung betreiben. Dieser muß sich alsdann gefallen lassen, daß er ausgepfändet wird. Er erwirbt zwar dafür die Hypothek und hat Regreßansprüche gegen den Erben. Allein aber die Tatsache, daß er sich auspfänden lassen muß und dadurch eventuell auch wirtschaftlich Schaden erleidet, genügt, um eine Schlechterstellung des Scheinerben zu begründen.

Der Liberationsanspruch des Scheinerben [2]) kann zu einer befriedigenden Lösung nur führen, soweit es sich um Schadloshaltung des Erben durch „Deckung" handelt oder soweit der Erbe den Hypothekengläubiger befriedigt. Die Befreiung durch Schuldübernahme ist an die Zustimmung des Hypothekengläubigers gebunden. Kommt eine solche Schuldübernahme nicht zustande, weil dieser nicht zustimmt, so wird m. E. eine Erfüllungsübernahme durch den Erben als vereinbart gelten können. Demnach kann der Scheinerbe in dem Fall, daß der

[1]) Vgl. oben S. 58.
[2]) s. oben S. 56.

Hypothekengläubiger von ihm Zahlung verlangt, von dem Erben verlangen, daß dieser statt seiner die Schuld tilge.

Zu einem befriedigenden und dabei juristisch einwandfreien Ergebnis führt m. E. die oben erwogene Lösung [3]), nach welcher der Scheinerbe gemäß §§ 2022 und 257 BGB. von dem Erben Sicherheitsleistung für den etwaigen Ersatzanspruch oder Schadloshaltung auf andere Weise verlangen kann. In diesen Fällen ist der Scheinerbe im Falle der Inanspruchnahme für die Hypothekenschuld gegen Schaden gedeckt.

Zu den Ansprüchen des Erben gegen den Scheinerben gehört auch der Anspruch auf Herausgabe der von diesem aus den vermieteten Nachlaßgrundstücken gezogenen Miet- oder Pachtzinsen. Dieser Anspruch stützt sich auf § 2019 BGB. Die Mietzinsen sind nicht als Nutzungen im Sinne des § 2020 BGB. anzusehen, vielmehr gelten die Erträge, die eine zur Erbschaft gehörende Sache oder ein Nutzungsrecht an einer solchen vermöge eines Rechtsverhältnisses, insbesondere auf Grund einer Vermietung, abwirft, nach der herrschenden Lehre als mit Mitteln der Erbschaft erworben im Sinne des § 2019 BGB. [1]).

Der Scheinerbe kann von dem Mieter die Mietzinsen fordern, da er ihm die Wohnung vermietet und zur Benutzung überlassen hat. Ist dies geschehen und zahlt infolgedessen der Mieter den Mietzins an den Scheinerben, so wird dieser gemäß § 2019 BGB. als „aus der Erbschaft erlangt" anzusehen sein, weil er auf Grund der Ueberlassung der Benutzung von Erbschaftsgegenständen, also im Sinne des § 2019 als „mit Mitteln der Erbschaft erworben" anzusehen ist. Die Surrogation des § 2019 ist insofern nicht auf den Fall der eigentlichen Verfügung über Nachlaßgegenstände beschränkt, da, wie oben festgestellt ist, die Mietüberlassung keine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand darstellt. Denn der § 2019 setzt voraus, daß der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft einen gültigen Erwerb gemacht hat und zwar durch Rechtsgeschäft.

Für die Herausgabe dieser Mietzinsen haftet der Scheinerbe gemäß § 2021 BGB. nach den Vorschriften der §§ 812 ff. BGB. Er haftet also für die Herausgabe der gezogenen Mietzinsen nur insoweit als er noch bereichert ist. Die Pflicht zur Herausgabe entfällt, sofern der Scheinerbe aus den gezogenen Mietzinsen nicht mehr bereichert ist. Sie mindert sich also um alle Ausgaben, die der Scheinerbe aus den Mietzinsen bestritten hat, gleichgültig ob sie notwendig waren oder nicht, ob sie für Zwecke der Erbschaft gemacht sind oder nicht. Denn der Scheinerbe war als gutgläubiger Erbschaftsbesitzer berechtigt, wie ein Eigentümer mit Erbschaftsgegenständen zu verfahren.

---

[3]) s. oben S. 57.

[1]) So Planck, a. a. O. zu § 2020; Staudinger, a. a. O. zu § 2020 Anm. 2; Leonhard, a. a. O. zu § 2019, RGRKomm. zu § 2020; Mitteis, a. a. O. S. 86.

## 12.

### Zusammenfassung. Schlußbemerkungen.

In dem Vorhergehenden ist festgestellt worden, daß der gutgläubige legitimierte Scheinerbe hinsichtlich der Rechtsgeschäfte an Nachlaßgrundstücken gerade so behandelt wird als ob er zur Vornahme dieser Rechtsgeschäfte berechtigt gewesen sei. Wenn hier der Scheinerbe nur als ein unberechtigt Verfügender erschiene, würde die Sicherheit des Verkehrs aufhören. Hier muß also Wirkung auch gegen den wahren Erben eintreten. Aus diesem Grunde ist es gerechtfertigt, daß das Gesetz vorzugsweise dingliche Geschäfte dem Schutz des öffentlichen Glaubens unterstellt, obligatorische nur insoweit, als sie eine Verfügung enthalten, sofern sie sich also den dinglichen Geschäften nähern. Der wahre Erbe ist also durch die Verfügungen des Scheinerben gerade so gebunden als hätte er selbst verfügt.

Was die Kollissionen zwischen dem Schutz des öffentlichen Glaubens beim Erbschein mit dem beim Grundbuch anlangt, so sei zusammenfassend nochmals festgestellt, daß der Schutz des Grundbuchs allein maßgebend ist, wenn der Erbe bereits im Grundbuch eingetragen ist. Ist dagegen der Erbe noch nicht in das Grundbuch eingetragen so kommt der Schutz des Grundbuchs in Betracht, soweit es sich um das Eigentum des Erblassers handelt, der Schutz des Erbscheins aber soweit die Verfügungsmacht des Erben in Frage steht. Damit ein durchgreifender Schutz stattfinde, müssen die Erfordernisse sowohl des Schutzes des Grundbuchs als auch die des Erbscheins gegeben sein.

Der Erbschein ist die bequemste und sicherste, aber nicht die allein mögliche Legitimation des Erben. Es würde zu weit gehen, wollte man jedem Dritten die Befugnis erteilen, die Vorlegung eines Erbscheins zu verlangen und sich auf eine andere Legitimation des Erben nicht einzulassen. In komplizierten Fällen liegt aber der Nachweis des Erbrechts durch einen Erbschein ebensosehr im Interesse des Erben selbst, als des Dritten und auch ohne rechtlichen Zwang wird der Erbe in solchen Fällen einen Schein immer nachsuchen, um einen vollen Beweis seines Rechts jedem einzelnen Erbschaftsschuldner gegenüber zu ersparen durch den einmaligen Nachweis seiner Berechtigung vor dem Nachlaßgericht.

Das Gesetz kann und will von dem rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht eine sorgfältigere Prüfung der Legitimation angeblicher Erben verlangen, als es seinen eigenen Organen (Nachlaßgericht, Grundbuchamt) zur Pflicht macht. Wer sich im redlichen Rechtsverkehr auf die Richtigkeit des behördlichen Zeugnisses verläßt, der soll nicht durch sein Vertrauen zu Schaden kommen. Diesem Gedanken vornehmlich entspringen die Rechtssätze über den öffentlichen Glauben des Erbscheins ebenso wie die entsprechenden Normen des Grundbuchs.

# Lebenslauf.

Ich, Leo Adlerstein, bin am 5. Juli 1907 zu Elberfeld als Sohn des Kaufmanns Nathan Adlerstein und dessen Ehefrau geb. Knoll geboren. Ich bin mosaischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Von Ostern 1913 bis Ostern 1916 besuchte ich die Volksschule in Elberfeld, ab Ostern 1916 das Städt. Realgymnasium zu Elberfeld, wo ich Ostern 1925 die Reifeprüfung bestanden habe. Zu Beginn des Sommer-Semesters 1925 bezog ich die Universität Köln und studierte dort Rechts- und Staatswissenschaften bis zum Ende des Winter-Semester 1925/26, im S.-S 1926 in Freiburg/Br., im W.-S. 1926/27 in München und von S.-S. 1927 bis zum Ende des W.-S. 1928/29 an der Universität in Bonn.

Am 23. Juni 1928 bestand ich am Oberlandesgericht Köln die erste juristische Staatsprüfung und am 5. Dezember 1929 habe ich das mündliche Doktorexamen in Bonn mit Erfolg bestanden.